

Roma, 4 - 5 giugno 2009

TOMMASO DALLA MASSARA

**DIRITTI DOMINICALI E SITUAZIONI POSSESSORIE
NEL VECCHIO E NUOVO DIRITTO EUROPEO**

SOMMARIO: 1. L'attenzione ai modelli: proprietà e possesso. 2. PARTE PRIMA. Il modello della proprietà: l'indicazione del DCFR. 3. La radice antica del 'dominium'. 4. La tendenza nel diritto europeo: la (riscoperta) riconduzione della proprietà all'idea di libertà. 5. La proprietà come libertà e il problema dei limiti nell'elaborazione della giurisprudenza. Primo caso. 6. Segue: secondo caso. 7. La generale linea di tendenza verso la smaterializzazione del bene oggetto del diritto dominicale. 8. Un caso paradigmatico: la protezione del 'know-how'. 9. Il fenomeno di smaterializzazione del denaro. 10. PARTE SECONDA. Il modello del possesso: l'indicazione del DCFR. 11. Il possesso nella recente giurisprudenza italiana. 12. Una conferma del divieto della c.d. vendita del possesso. 13. La smaterializzazione del bene oggetto del possesso. 14. Sintesi e conclusioni nella prospettiva del diritto europeo.

1. L'attenzione ai modelli: proprietà e possesso.

Il titolo di questa relazione, che per la cortesia degli organizzatori dell'odierno Seminario sono invitato a tenere, evoca un'amplissima varietà di problemi: si fa riferimento alla proprietà e al possesso; al passato come al presente; inoltre, l'intera tematica è collocata nella prospettiva del diritto europeo.

Sono dunque lusingato per la fiducia dimostratami, che cercherò di ricambiare con un'adeguata capacità di sintesi: e proprio di quest'ultima in effetti avrò ampiamente bisogno, giacché anzitutto alla sintesi si affida il metodo di analisi che ho intenzione di adottare per affrontare le tante questioni evocate dal titolo. L'unico metodo che ritengo proficuamente impiegabile è quello che richiede di concentrare l'attenzione sui profili dei due 'modelli' fondamentali delle situazioni di appartenenza: proprietà e possesso rappresentano due paradigmi del ragionamento giuridico, certo ampiamente controvertibili al loro interno e identificabili senza pretese di univocità, i quali attraversano il vecchio e il nuovo diritto privato europeo, incidendo in maniera profonda sul suo stesso svolgimento storico. Così, mi pare che solo una rinuncia in termini di approfondimento analitico dei problemi (che qui non sarebbe comunque possibile, per i limiti di tempo di questa relazione) consenta di pervenire a taluni risultati utili sotto il profilo dell'identificazione delle linee di contorno dei due modelli sopra evocati.

Se si decida di appuntare lo sguardo sui tratti caratterizzanti delle differenti forme di appartenenza rappresentate da proprietà e possesso, allora si rivela senza dubbio coerente la scelta, che il titolo della relazione presuppone (e mi impone), di guardare al diritto di ieri e di oggi: in effetti l'identificazione di un modello, riconducibile a un certo numero di regole e collegati meccanismi applicativi che presentano una sostanziale stabilità, è consentita solo se si guarda a ciò che resta, a cospetto di ciò che muta, nel trascorrere del tempo; in altri termini, proprio nel contrasto tra continuità e discontinuità è dato cogliere il permanere delle linee identificative della struttura minima di ciò che si intende per proprietà e per possesso.

Per quanto l'adozione di un metodo siffatto conduca a guardare ai fenomeni che ci interessano 'dall'alto', cercherò tuttavia di fare in modo che il discorso non rimanga soltanto a un livello generale; mi sembra infatti necessario che la 'bontà operativa' (*id est* la capacità di rappresentazione di situazioni che mostrano soltanto una relativa stabilità) di un modello possa dirsi saggiata solo quando ne sia sperimentato il limite nella casistica.

Ancora una precisazione: il mio discorso muoverà dal diritto europeo che sta venendo a delinearsi all'orizzonte per risalire – in un movimento cronologicamente a ritroso – all'impronta fondamentale lasciata dall'esperienza del diritto romano. Insomma, partirò dalla domanda «dove stiamo andando?» per vedere poi da dove veniamo. Oltre che la persuasione che solo così sia possibile ritrovare il filo di quella continuità delle linee di struttura minima dei modelli cui si è appena fatto cenno, a ciò mi spinge l'idea che debba oggi pienamente avvertirsi la necessità (e la responsabilità) che il diritto privato europeo del domani maturi non ignorando le radici della nostra cultura giuridica.

Ma di ciò dirò meglio nelle conclusioni.

2. PARTE PRIMA. *Il modello della proprietà: l'indicazione del DCFR.*

Cominciando con il guardare al modello dominicale, traggio le mosse dalle indicazioni provenienti dal testo di diritto uniforme europeo che più recentemente si è dato carico di identificare nella sua essenza il concetto di proprietà. Intendo riferirmi alla definizione di proprietà che compare nel *Draft of Common Frame of Reference* (d'ora in poi, per brevità, DCFR), ossia in quella 'cornice comune di riferimento' del diritto privato europeo che è giunta nel febbraio di quest'anno alla seconda – e non ancora definitiva – stesura¹, dopo che la prima era apparsa agli inizi dell'anno passato, ricevendo fin da subito grande attenzione (nel resto d'Europa, per la verità, più che in Italia, dove il dibattito spesso tende a essere piuttosto domestico; senza per ciò – beninteso – pensare che l'attenzione per il

¹ Si è oggi giunti alla c.d. *Outline Edition*, mentre l'anno passato era stata edita la c.d. *Interim Outline Edition*. Notizie aggiornate sullo 'stato dell'arte' della pubblicazione del *Common Frame* sono sempre reperibili nel sito della casa editrice www.sellier.de.

DCFR debba tradursi in plauso, trattandosi anzi di un'opera nel merito ampiamente criticabile).

Il DCFR, avente per oggetto *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, costituisce – com'è noto – un testo ampio, elaborato da una commissione di studiosi espressiva delle differenti anime giuridiche dei paesi europei. Si tratta di un insieme di regole con cui credo che non si potrà mancare di confrontarsi nel futuro prossimo: occorre dire che siamo qui di fronte a una 'codificazione' di principi, definizioni e norme che spazia dal diritto dei contratti alla proprietà, ai modi di trasferimento della stessa; né tale raccolta normativa si propone soltanto quale base per una discussione accademica (dalle ricadute concrete soltanto eventuali), bensì con essa si tenta davvero di disegnare il diritto privato europeo di domani, in tal senso avendo finora ricevuto un decisivo incoraggiamento da parte degli stessi organi comunitari², che mostrano sia pur paludatamente di 'scommettere' sul DCFR per la costruzione di un'effettiva armonizzazione – non ancora uniformazione – del diritto europeo, pur a fronte del pudore («*excusatio non petita*»), nella sottile provocazione di Busnelli³) dei suoi estensori, che nell'introduzione riconducono l'iniziativa a un gruppo di *European Legal Scholars*.

Sintomatico di questa profonda tensione verso una completa armonizzazione del diritto privato europeo alla base del DCFR è il fatto che – come si è appena detto – in esso è contenuta la disciplina non solo dei contratti e delle obbligazioni, ma anche delle situazioni di appartenenza.

Ebbene, nel libro VIII, all'art. 1:202 del DCFR si definisce la proprietà (*ownership*), come il più ampio dei diritti che una persona (*owner*) può avere su una cosa (*property*), incluso il diritto esclusivo, in compatibilità con le leggi e i diritti garantiti al proprietario, di usare, godere, modificare, distruggere, disporre e recuperare la proprietà.

A margine di siffatta definizione, mi limito soltanto a rilevare che all'art. precedente, 1:201, si afferma che per *Goods* devono intendersi le cose corporali, con riferimento esemplificativo a navi, bastimenti, hovercraft e velivoli, oggetti spaziali, animali, liquidi e gas. Inoltre, in vista di quanto dirò più avanti, porto l'attenzione sull'ultimo comma dell'art. 1:101 (che, per com'è strutturata la materia all'interno del libro, di cui è specchio la non semplice numerazione – a doppia progressione – degli articoli, si colloca nella Sezione precedente), nel quale si stabilisce che la disciplina del libro sulla proprietà trova applicazione alle banconote e alle monete che hanno corso legale.

3. La radice antica del 'dominium'.

² Indicativa in proposito la Comunicazione adottata il giorno 11 ottobre 2004 intitolata 'Diritto contrattuale europeo e revisione dell'*aquis*: prospettive per il futuro'.

³ Così in F.D. BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, 2009, I, 304.

Nella definizione dell'art. 1:202 del DCFR mi pare possa vedersi conservata la radice tradizionale del diritto di proprietà. In specie nel richiamo al carattere dell'ampiezza (ancorché 'quantitativo' e dunque di per sé vago), ma ancor più in quello all'esclusività, appare evocata l'idea che il diritto romano ci consegna del *dominium*, da intendersi come piena signoria sulla cosa. Non v'è dubbio che l'affidamento a indici di carattere generale, come sono l'ampiezza e l'esclusività del diritto, i quali devono poi sempre essere dimensionati, non esaurisce un discorso che meriterebbe di essere condotto con grande cautela, tenendo conto del processo di demitizzazione cui l'istituto della proprietà è stato – almeno nell'ultimo secolo – sottoposto, al cui esito si è giunti efficacemente ad affermare che nel termine 'proprietà' deve vedersi oramai soltanto un «artificio verbale per indicare la soluzione storica che un ordinamento dà al problema del legame giuridico più intenso fra un soggetto e un bene, o, in altre parole, la risposta all'interrogativo centrale sulla consistenza minima del 'mio' giuridico; soluzioni e risposte che sono a doppio titolo molteplici, a seconda dei vari climi storici e a seconda dei vari contenuti che uno stesso clima storico dà a quell'involucro aperto e disponibile che convenzionalmente identifichiamo come proprietà»⁴.

Dunque la proprietà come diritto ampio ed esclusivo, ma i cui contenuti sono ancora in larga parte da precisare.

Pur con quest'avvertenza, che può valere sempre, ma con maggior forza per gli istituti – come la proprietà – fortemente ideologizzati, mi pare non vi sia spazio per mettere in discussione il sostanziale radicamento della definizione del DCFR nell'antica idea del *dominium* romano; quel *dominium* nel quale si esprimeva il potere che – almeno secondo un'accreditata ricostruzione – il *pater familias* originariamente esercitava in modo indistinto su cose e persone⁵.

L'idea di potere pieno ed esclusivo (questa l'aggettivazione tralatizamente adottata: si veda l'art. 832 c.c.) costituisce il nucleo fondamentale della proprietà nella cultura giuridica contemporanea, punto di riferimento per le situazioni dell'«avere» in senso giuridico. Il richiamo che il DCFR fa all'idea di esclusività, in particolare, evoca per intero la contrapposizione concettuale inclusione/esclusione che è da collocarsi alla radice del modello dominicale: in altri termini, su ciò che è 'mio' non è ammessa l'interferenza d'altri, perciò la proprietà è *ius ceteros excludendi*.

In questo tipo di diritto è sempre racchiusa l'idea di potere, spettante al *dominus* e – nella connessione logica ed etimologica che lega il soggetto al luogo nel quale egli espri-

⁴ Cfr. P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, ne *La proprietà e le proprietà*, a cura di E. Cortese, Milano, 1988, 208.

⁵ D'altra parte, in quali termini tale potere del *pater* potesse ritenersi unitario oppure differenziato in ragione degli oggetti ai quali esso si riferiva, prima dell'affermarsi della figura specifica del *dominium*, è – sulla base dei dati di cui disponiamo – oggetto di discussione: si veda, in specie muovendo dalle opinioni di Filippo Gallo e di Luigi Caporossi Colognesi, la ricostruzione dei problemi proposta da A. CORBINO, *Schemi giuridici dell'appartenenza nell'esperienza romana arcaica*, ne *La proprietà e le proprietà*, cit., 3 ss.

me il suo potere – sulla *domus*. Si ravvisa quindi l'idea del collegamento del diritto (in senso soggettivo, ma anche oggettivo) con il luogo fisico su cui tale diritto si esprime, *in primis* dunque con la terra: il nòmoj della terra evidenzia proprio il nesso schmittiano tra *Ordnung* e *Ortung*, tra l'ordine-ordinamento e il luogo (e si tratta di un collegamento rimasto intrappolato nell'etimo stesso della parola nòmoj, che viene da nšmein e da cui ci emerge l'idea della distribuzione, dell'assegnazione, in origine della spartizione del territorio per il pascolo)⁶. Dunque il diritto esprime la misura (nòmoj) di uno spazio terrestre, della *iustissima tellus* di cui l'uomo si appropria, consegnando a un segno, a un confine (*Terminus*, addirittura divinizzato nella spiritualità romana) il senso della sua appartenenza, proprio come Romolo avrebbe affidato a un solco d'aratro la delimitazione dell'*anti-quissimum pomerium*⁷. E si può vedere pertanto come l'idea stessa del dominio sulle cose, e in specie sulla terra, sia in grado di conformare l'intero sistema del nostro pensiero giuridico, che individua nel limite, nel confine (della proprietà, per un verso, dello Stato, per altro verso) uno dei suoi canoni fondanti⁸.

La matrice concettuale del *dominium* romano è la stessa che oggi si vede alla base dell'idea di proprietà quale emerge dall'art. 832 del nostro codice civile in termini di potere sulla cosa, in specie come diritto di godere e di disporre di essa «in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico».

Il punto di riferimento generale, per le codificazioni europee, è naturalmente sempre da ravvisarsi nell'art. 544 del *code Napoléon*, nel quale è proclamata la pienezza e l'assolutezza del dominio individuale: «*la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par la loi ou par les règlements*»⁹. Poi l'art. 544 del codice francese venne ripreso dall'art. 436 del codice italiano del 1865, il quale definiva la proprietà come il «diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, purché non se ne faccia un uso vietato dalle leggi e dai regolamenti».

L'elaborazione concettuale della Pandettistica assunse il diritto di proprietà a modello dei diritti del privato, facendone il luogo di sperimentazione della più ampia attribuzione di poteri che la sistematica delle situazioni giuridiche soggettive potesse prevedere¹⁰.

⁶ Suggestioni ricavabili da C. SCHMITT, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello 'jus publicum europaeum'*, Milano, 2003, già in *Prefazione*, 13 s.: «il discorso verte qui infatti su terraferma e mare libero, occupazioni di terra e occupazioni di mare, ordinamento e localizzazione [*Ordnung* e *Ortung*]».

⁷ Cfr. Gell. 13.14.2.

⁸ Su questa linea di considerazioni, U. VINCENTI, *Diritto senza identità. La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Roma - Bari, 2007, in specie XIII ss.

⁹ Sul modello napoleonico della proprietà, S. RODOTÀ, *La definizione della proprietà nella codificazione napoleonica*, ne *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*², Bologna, 1990, 75 ss.

¹⁰ Con la conseguenza di qualche contorcimento logico, come nel caso della celebre definizione di B. WINDSCHEID, secondo cui «la proprietà come tale è illimitata; ma ammette restrizioni» (così in *Diritto delle*

Ciò detto, rispetto all'immagine della proprietà che emerge dai codici ottocenteschi, si deve notare come con l'art. 832 del codice italiano del 1942 sia introdotto un significativo richiamo ai limiti e, soprattutto, agli obblighi che alla proprietà sono connessi¹¹.

Una parziale eterogenesi del potere che la proprietà attribuisce al suo titolare è poi realizzata dalla nostra Costituzione del 1948, la quale annovera la proprietà entro il Titolo III della Parte I sui 'Rapporti economici', in tal modo realizzando una decontestualizzazione del più antico dei diritti rispetto al suo campo tradizionale, ossia quello dei diritti dell'individuo: la ricollocazione della proprietà nel nuovo contesto dei rapporti economici è ottenuta facendo leva sulla «funzione sociale» – secondo la nota espressione adottata nell'art. 42 – che la proprietà è chiamata ad assicurare¹². Quindi decisivo è l'inserimento dell'idea stessa di 'funzione' entro la struttura concettuale della proprietà, giacché ciò destabilizza dall'interno lo schema antico di un diritto inteso come attribuzione di facoltà che possono eventualmente essere limitate (art. 544 del codice napoleonico, art. 436 del codice italiano del 1865), abbinarsi a obblighi (art. 832 del codice civile del 1942), ma con difficoltà ben maggiore essere (pre-)orientate.

La significativa elaborazione del contenuto del diritto di proprietà che si riscontra nella nostra Carta fondamentale, mercè il depotenziamento della sua portata individualistica, era d'altra parte debitrice degli esiti di un dibattito assai ampio, mosso da una ridiscussione culturale complessiva dell'istituto della proprietà sotto il profilo delle dottrine politiche, economiche e sociali, che aveva attraversato il Novecento; e si trattava di un dibattito che aveva dato i suoi frutti già da qualche tempo, come prova il fatto che già nel 1919 l'art. 154 della Costituzione di Weimar, assai suggestivamente, era giunto a stabilire che «la proprietà *obbliga*», dunque con un rovesciamento di prospettiva rispetto all'immagine tradizionale del *dominium*, attributivo di puro potere, del quale si è detto¹³. Si noti che nella concezione weimeriana non si vede una proprietà sottoposta a obblighi (come nell'art. 832 del nostro codice), bensì una proprietà che essa stessa obbliga.

Tuttavia – merita aggiungere almeno in sintesi – nel dire del fenomeno soprattutto novecentesco di 'socializzazione' del diritto di proprietà apparirebbe semplicistico e storicamente non corretto fornire, per contrasto, una rappresentazione secondo la quale l'antico *dominium* romano avrebbe costituito una situazione giuridica unitaria e quasi monolitica di attribuzione di potere.

Pandette, trad. it. a cura di C. Fadda e P.E. Bensa, I, Torino, 1930, 591.

¹¹ Oltre all'art. 832 c.c., si veda l'art. 833 c.c., in tema di atti emulativi, l'art. 834 c.c., sull'espropriazione, l'art. 835 c.c., sulle requisizioni, e l'art. 839 c.c. sui beni d'interesse storico e artistico.

¹² Sul punto, S. RODOTÀ, *Il diritto di proprietà tra dommatica e storia*, ne *Il terribile diritto*, cit., in specie 190 ss., nonché, *ibidem*, *Il sistema costituzionale della proprietà*, 273 ss.

¹³ Ancorché S. RODOTÀ, *Il sistema costituzionale della proprietà*, cit., 305, sulla base dei lavori preparatori, non accrediti l'idea di un'influenza particolarmente incisiva del precedente rappresentato dalla Costituzione weimeriana rispetto all'elaborazione dell'art. 42, vedendo nel richiamo al testo tedesco che compare nella 'relazione Taviani' non più che una «clausola di stile».

In effetti va detto che l'unitarietà e la monoliticità della proprietà romana sono in buona parte il frutto, a sua volta, di una falsante ideologizzazione dell'evo moderno, da collegarsi all'affermazione della classe borghese, la quale avvertiva forte l'esigenza di una situazione di appartenenza che fosse in quel senso caratterizzata. Dunque il trionfo della proprietà, che nella retorica della Dichiarazione del 1789 e poi della Costituzione del 1791 è proclamata *droit inviolable et sacré*, si è nutrito dell'idea di un *dominium* quasi granitico, corrispondente al più pieno potere sulla cosa, in ciò vedendo una reazione di fronte alle incertezze, invise al nuovo ceto mercantile, derivanti dalla pluralità delle situazioni di appartenenza di epoca feudale (si pensi alla differenziazione tra dominio diretto e dominio utile, ma più in generale all'irriducibile varietà delle situazioni di titolarità individuale e collettiva tipica di tutto il diritto intermedio)¹⁴. Sicché a ben vedere la proprietà borghese, impostasi con caratteri di pienezza e unitarietà quasi sacralizzati sebbene oggi largamente ridimensionati¹⁵, non potrebbe dirsi specchio fedele del fenomeno dominicale romano, il quale era invece articolato in una multiformità di differenti modalità dell'avere: e vale la pena almeno precisare che, al di là di quell'appartenenza completa e inattaccabile – anche nella trasmissione generazionale – del *dominium* che in antico era rappresentata dalla 'cellula' fondamentale dell'*heredium*, ossia un piccolo fondo avito che si sarebbe trasmesso dal *pater* ed era funzionalizzato alle esigenze della famiglia¹⁶, il diritto romano conosceva il fenomeno assai rilevante dell'*ager publicus*, dunque di un suolo pubblico attribuito soltanto in concessione ai *cives* con facoltà di sfruttamento ma teoricamente sempre revocabile¹⁷; inoltre, non si può mancare di ricordare che all'idea generale di proprietà in Roma debbono ricondursi anche la proprietà peregrina e quella provinciale, per non dire poi di antiche forme di proprietà collettiva e di una quantità di articolazioni dell'appartenenza (anche in ragione delle caratteristiche del fondo, come nel caso dell'*ager compascuus* e dell'*ager occupatorius*)¹⁸; senza soffermarsi, ancora, sulla nota distinzione tra *dominium ex iure Quiritium* e *in bonis habere*, ossia tra la proprietà quirita-

¹⁴ Sul punto, P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 238 ss.

¹⁵ Caratteri che la civilistica più accorta ha da tempo decostruito: si veda in specie S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, ne *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, 145 ss. Occorre tener conto che, pochi anni prima di tale pubblicazione, l'Autore aveva prospettato la tesi – quasi iconoclasta – della molteplicità degli statuti proprietari (tesi centrale della sua monografia) nel contesto del congresso nazionale di diritto agrario, dunque avendo riguardo proprio alla proprietà terriera. Poi, sulle difficoltà poste dall'applicazione del tradizionale modello dominicale all'impresa, forma di 'ricchezza' per antonomasia della nostra (moderna) società, valga per tutti R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, 180 ss. Un ripensamento complessivo dell'istituto, a valle di queste riflessioni, in U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, I, Milano, 1965. Su tutti questi aspetti, più di recente, S. RODOTÀ, *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali*, ne *Il terribile diritto*, cit., 47 ss.

¹⁶ Cfr. Varr. 1.10.2: ... *bina iugera quod a Romulo primum divisa dicebantur viritim, quae heredem sequerentur, heredium appellarunt* ...

¹⁷ Per tutti, lo studio di A. BURDESE, *Studi sull' "ager publicus"*, Torino, 1952.

ria e quella pretoria, le quali integravano nel loro insieme un sistema dell'appartenenza composito, affidato a un continuo gioco correttivo tra l'uno e l'altro dei due sistemi del *ius* romano (di quello pretorio su quello civile), per il quale si usa parlare di *duplex dominium*¹⁹.

4. *La tendenza nel diritto europeo: la (riscoperta) riconduzione della proprietà all'idea di libertà.*

Oggi, nel complesso scenario del diritto privato europeo, non v'è dubbio che la proprietà costituisca un pilastro fondamentale, direi di riferimento ideale: anzi, si può dire che su di esso in ultima analisi poggi il complessivo impianto dei sistemi giuridici di matrice occidentale. Si chiedeva Filippo Vassalli: «che cosa è difatti il codice civile e, più in generale, il diritto civile, se non una data disciplina dell'umano commercio? Il diritto civile è, più particolarmente, la disciplina della vita dell'uomo nei rapporti determinati dalla procreazione, dalla società coniugale e dall'attività economica. Questa disciplina, nei nostri ordinamenti sociali, poggia tutta, immediatamente o mediatamente, sul riconoscimento della proprietà individuale»²⁰.

La CEDU del 4 novembre del 1950 (ratificata in Italia con l. 4 agosto 1955, n. 842) prevede il diritto alla libertà e alla sicurezza, i diritti di libertà individuale e collettiva, senza però espressamente menzionare il diritto di proprietà. È però già nel primo Protocollo aggiuntivo, sottoscritto il 20 marzo 1952, che all'art. 1 si legge: «ogni persona fisica o morale ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà salvo che per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale».

Dunque la CEDU garantisce la tutela del diritto dominicale e sembra che la prospettiva di riferimento sia essenzialmente quella di un confronto con le esigenze (*in primis* espropriative) dello Stato: così, l'ablazione della proprietà privata non è in assoluto esclusa, ma occorre che sia realizzata secondo condizioni previste dalla legge dei singoli Stati e dai principi internazionalmente riconosciuti. Alla stregua dei parametri CEDU, per esempio, si è prestato a censura il fenomeno – tipicamente italiano – dell'occupazione acquisitiva, ossia di quella particolare modalità di acquisto, riconosciuta dalla nostra giuri-

¹⁸ Si veda L. CAPOGROSSI COLOGNESI, '*Dominium*' e '*possessio*' nell'Italia romana, ne *La proprietà e le proprietà*, cit., 141 ss.

¹⁹ Su cui si vedano le ampie ricerche di L. VACCA, in molte pubblicazioni, tra cui *Il c.d. 'duplex dominium' e l'actio publiciana*, ne *La proprietà e le proprietà*, cit., 39 ss., nella cornice dei problemi della proprietà romana che sono nel loro complesso rappresentati da L. CAPOGROSSI COLOGNESI, di cui può utilmente vedersi anzitutto la voce *Proprietà (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 160 ss., oltre ai due volumi su *La struttura della proprietà in età repubblicana*, editi a Milano nel 1969 e nel 1976.

²⁰ Così F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile (1947)*, in *Studi giuridici*, II, 2, Milano, 1960, 614, nt. 1.

sprudenza, a partire dall'inizio anni Ottanta, a vantaggio della P.A. che abbia occupato il legittimamente e trasformato un fondo, realizzandovi un'opera pubblica, pur in assenza di un valido provvedimento di espropriazione²¹.

La prospettiva che si evidenzia, guardando alla CEDU, è quindi in primo luogo quella della protezione della proprietà intesa come espressione fondamentale di libertà dell'uomo, anzitutto nei confronti delle prerogative dello Stato. Questa stessa filosofia si ritrova anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea di Nizza del 7 dicembre 2000, ove, all'art. 17, proprio sotto il Titolo dedicato alle 'Libertà', è proclamato il diritto di proprietà: «ogni individuo ha diritto di godere della proprietà e dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità etc.», ove si nota il riemergere del collegamento tra proprietà ed eredità, cui si è fatto cenno poc'anzi evocando l'antichissima figura dell'*heredium*. Il medesimo testo viene recepito invariato nel progetto di Trattato istitutivo della Costituzione per l'Europa adottato dalla Convenzione europea approvato il 18 giugno del 2004, ma – com'è noto – non ancora ratificato da tutti gli Stati membri.

Sembra potersene evincere che la linea direttrice seguita da CEDU e Carta di Nizza è segnata da una riconduzione del diritto di proprietà alla radice dell'idea di libertà, secondo una prospettiva che risulta quindi non coincidente con quella adottata – per gli esempi che si sono fatti – nella Costituzione weimeriana e nella nostra stessa Carta fondamentale. L'impostazione del nuovo diritto europeo si riallaccia semmai in modo più diretto alla matrice ottocentesca nella quale al centro è un «soggetto che gioca la sua libertà nel campo delle scelte relative a beni materiali», rispetto a cui «la proprietà vi è riguardata come il mezzo materiale della libertà secondo il binomio tradizionale proprietà-libertà, nella

²¹ Il punto focale della problematica dell'occupazione acquisitiva è – per dirla in breve – rappresentato dal fatto che si tratta di atto illecito, che però espone soltanto al risarcimento, non anche alla remissione in pristino: stando alla costruzione che ha ammesso l'occupazione acquisitiva, la radicale trasformazione del bene, per la realizzazione su di esso di un'opera pubblica giustificerebbe infatti, pur in mancanza di un valido provvedimento di espropriazione, l'acquisizione della proprietà alla P.A. (si veda Cass., sez. un., 26 febbraio 1983, n. 1464). Ciò, all'evidenza, presuppone una situazione di superiorità della P.A. nei rapporti intersoggettivi, che darebbe luogo a un'irragionevole disparità di trattamento, lesiva in prima battuta del principio di uguaglianza, ma anche del principio di legalità. Intervenne su tale impostazione C. Cost. 2 novembre 1996, n. 369, con la quale fu dichiarata l'illegittimità della previsione della l. 359 del 1992 (estesa ai casi di occupazione acquisitiva preesistenti a quella data dalla l. 549 del 1995), secondo cui il risarcimento del danno da occupazione acquisitiva avrebbe dovuto adottare la medesima modalità di determinazione dell'indennizzo previsto per il caso di espropriazione; la sentenza della C. Cost., però, rimarcava l'eterogeneità delle due situazioni, espropriazione e occupazione acquisitiva. Più di recente, la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo del 30 maggio 2000, invocando in specie l'art. 1 del primo protocollo addizionale CEDU (cui si è fatto cenno), ha evidenziato il netto contrasto dell'istituto dell'occupazione acquisitiva con il principio di legalità, evidenziando in specie come il riconoscimento di tale forma di acquisto della proprietà imponga una sostanziale riduzione dei mezzi di resistenza del privato contro l'atto, comunque illecito, della P.A.

misura in cui all'uomo è assicurato il potere di disporre dei beni necessari per la sua vita e per il suo lavoro. La proprietà perciò come condizione di autodeterminazione, di autonomia, non dipendenza del soggetto»²².

Quindi, se il binomio concettuale che viene adottato da CEDU e Carta di Nizza è proprio quello 'proprietà - libertà', appare chiaro che il fuoco dell'attenzione si sposta sul problema dei limiti di questa stessa libertà.

Anziché l'aspetto della responsabilità sociale, nonché degli obblighi e delle funzioni che la proprietà impone (art. 154 Costituzione di Weimar; art. 42 Costituzione europea), risulta messo in luce quello della confinazione che l'ordinamento traccia attorno al diritto dominicale. Come si usa dire, la delimitazione della sfera di libertà dell'uno costituisce garanzia di salvaguardia per l'altro; in altri termini, ogniqualvolta si ponga un problema di libertà, sorge quello dei suoi limiti.

Non si può dimenticare, in effetti, che il diritto di proprietà corrisponde per sua essenza a un diritto all'egoismo, quell'egoismo che è plasticamente rappresentato nell'antico rito romano della rivendica effettuata mediante la *legis actio sacramenti in rem*, incentrata sull'affermazione unilaterale del *meum esse aio* accompagnata dal contatto fisico della cosa per il tramite di una *vindicta*. 'Dico che la cosa è mia per diritto dei Quiriti', asseriva il rivendicante: e l'affermazione era fatta a cospetto del magistrato e dell'avversario processuale, con le conseguenze traslative del diritto che a tale affermazione venivano ricondotte quando quel formulario processuale fosse adattato in funzione stragiudiziale-negoziale.

Diritto di proprietà ossia diritto all'egoismo, dunque, come pure metteva in evidenza Rousseau nel suo *Contrat*, che nella sua critica alla proprietà privata, rispetto alla quale avrebbe dovuto prevalere quella pubblica, osservava: «il diritto di primo occupante, benché più reale di quello del più forte, diviene un vero diritto solo dopo l'istituzione di quello di proprietà. Ogni uomo ha naturalmente diritto a tutto ciò che gli è necessario, ma l'atto positivo che lo rende padrone di qualche bene lo esclude da tutto il resto. Ricevuta la sua parte, deve limitarsi a quella, e non ha più nessun diritto sui beni della comunità. Ecco perché il diritto di primo occupante, così debole nello stato di natura, è degno di rispetto per ogni uomo civile. In questo diritto c'è meno rispetto per la cosa d'altri che non per ciò che non è nostro»²³. Quella radice del diritto assoluto nella cultura giuridica occidentale è la medesima, per Rousseau, della sovranità pubblica: dominio reale e sovranità costituiscono un binomio che attraversa il diritto privato e quello pubblico. Ma il diritto di proprietà è il 'terribile' diritto anche per l'illuminato e certo moderato Beccaria, che in-

²² Così, efficacemente, A. NICOLUSSI, nel suo recente saggio *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 22, nt. 55.

²³ Cfr. J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, nella trad. it. di M. Garin, Roma-Bari, 2003.

fatti non ebbe remore a metterne seriamente in discussione l'accettabilità in termini di giustizia²⁴.

5. La proprietà come libertà e il problema dei limiti nell'elaborazione della giurisprudenza. Un primo caso.

Quello dei limiti del diritto di proprietà costituisce un terreno di intensa attività da parte delle nostre corti, le quali sono chiamate a definire la portata concreta dell'art. 832 c.c. La ricostruzione del contenuto esatto del diritto di proprietà è dunque oggetto di quello che si potrebbe definire un ineshausto laboratorio giurisprudenziale.

Mi sembra interessante evidenziare in questa sede i percorsi seguiti almeno in un paio di decisioni, nelle quali i giudici affrontano casi nei quali si pone un problema di identificazione del contenuto della proprietà e dei suoi limiti. In particolare, conduco l'attenzione su casi in cui l'elaborazione del concetto di proprietà muove – per così dire – 'dall'interno' della fattispecie, nel senso che la soluzione è ricavata dalla considerazione delle peculiarità del bene oggetto del diritto dominicale. Non intendo toccare, invece, il vasto tema dell'espropriazione (art. 834 c.c.), in relazione al quale viene in rilievo il profilo che potrebbe definirsi 'esterno' della proprietà, nel senso che quest'ultima risulta incisa in considerazione delle particolari prerogative riconosciute alla P.A.; come pure non mi occuperò delle compressioni della proprietà che possono derivare dalla requisizione (art. 835 c.c.) e dalla disciplina dei beni d'interesse storico e artistico (art. 839 c.c.).

Come si è detto, la giurisprudenza affronta il tema dei limiti della proprietà con attenzione casistica: ed è evidente il costante sforzo, nel quale essa si cimenta, di adeguamento della proprietà alle istanze, non solo giuridiche ma inevitabilmente anche in senso lato assiologiche, via via emergenti nella società.

La prima delle due pronunce, entrambe recenti, è quella di Cass. 15 settembre 2008, n. 23676.

Si tratta di una sentenza piuttosto nota²⁵, la quale stabilisce, per quel che qui preme evidenziare (e così adottando un punto di osservazione piuttosto differente rispetto a quello da cui alla decisione hanno finora guardato i commentatori), che una manifestazione della volontà che incide sul proprio corpo debba essere seria e 'cronologicamente ravvicinata' rispetto al momento in cui si producano gli effetti di tale atto di volontà. Più precisamente, il caso all'attenzione della Corte è quello di un paziente che intenda eserci-

²⁴ La citazione di Cesare Beccaria, «il diritto di proprietà (terribile, e forse non necessario diritto)», è tratta dal *Dei delitti e delle pene* (XXII): proprio queste parole aprono e danno il titolo alla raccolta di saggi di S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., da cui si è ampiamente attinto.

²⁵ La si può leggere in *Corr. giur.*, 2008, 1671 ss., con nota di F. FORTE, *Il dissenso preventivo alle trasfusioni e l'autodeterminazione del paziente nel trattamento sanitario: ancora la Cassazione precede il legislatore nel riconoscimento di atti che possono incidere sulla vita*.

tare il diritto di rifiutare le cure mediche, nella specie opponendosi alla trasfusione di sangue, anche nell'ipotesi in cui quel rifiuto possa cagionare la sua morte.

Ebbene, nella sentenza si afferma che il dissenso rispetto alle cure debba essere espresso, inequivoco e attuale: non varrebbe viceversa un dissenso che fosse manifestato in un momento significativamente antecedente rispetto a quello nel quale si crei la situazione di pericolo di vita. Si tratta di un punto che ritengo dogmaticamente nient'affatto 'innocuo': e per questo su di esso mi soffermo.

Come ho detto, non è di per sé sul diritto di autodeterminazione del paziente e nemmeno sulla tematica del c.d. consenso informato, con tutte le sue implicazioni (in specie: il problema della vincolatività delle dichiarazioni anticipate di trattamento²⁶), che intendo portare qui l'attenzione.

Invece, una volta che si decida di leggere la sentenza nell'ottica di un'indagine sul diritto di natura *lato sensu* dominicale dell'io sul proprio corpo, ne emerge l'enunciazione di un limite rispetto al diritto di disporre dell'oggetto dell'appartenenza; in effetti, nella misura in cui il paradigma della proprietà – pervasivo dell'ordinamento, almeno come modello concettuale, salvo poi vedere di quali adattamenti esso necessiti – sia riferibile anche al corpo umano, ammesso dunque che ciascuno sia (semplicisticamente?) *dominus* del proprio corpo sicché di questo ha facoltà di disporre²⁷, allora con tali presupposti mi

²⁶ Tema assai complesso su cui è utile la schematizzazione delle possibili soluzioni in F. MANTOVANI, *Problematiche giuridiche di fine vita*, in *Per uno statuto del corpo*, cit., 202 ss. Sul tema del consenso informato, da ultimo, A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana*, cit., in specie 32 ss. Proprio dell'aspetto specifico che emerge dalla sentenza, che è quello dell'obiezione sanitaria dei testimoni di Geova, si era già occupato in passato P. RESCIGNO, *I trattamenti sanitari tra libertà e dovere (l'obiezione di coscienza dei testimoni di Geova)*, in *Persona e comunità*, II, Padova, 1988, 298 ss.

²⁷ Si tocca qui il delicatissimo problema – per dirla con l'espressione di P. GROSSI, *La proprietà*, cit., 91 – della «confusione deliberata tra il mio ed il me», ossia della proprietà come chiave di lettura del fenomeno di appartenenza a sé del proprio corpo; ed è un problema che evoca interrogativi giuridici, ma anche – a monte – culturali assai vasti. Si vedano i diversi contributi raccolti in *Per uno statuto del corpo*, a cura di C.M. Mazzoni, Milano, 2008, ove in specie P. ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza: dalla sovranità alla proprietà*, 69 ss.: «la difficoltà nasce dalla struttura originariamente proprietaria della categoria del diritto soggettivo, che non solo è di ostacolo a rappresentare giuridicamente una relazione tra soggetto e corpo identificati, ma genera un equivoco prolungato, nel linguaggio e nel pensiero giuridico, tra proprietà e appartenenza. La proprietà, che è una modalità dell'appartenenza, diviene il modello esaustivo dell'appartenenza; che invece, è enormemente più vasta e molteplice della proprietà» (così in specie a p. 71). Fondamentale in argomento S. RODOTÀ, *Ipotesi sul corpo 'giuridificato'*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, 467 ss., poi anche in *Id.*, *La vita e le regole*, Milano, 2006, 36 ss. Appassionante il saggio di 'fantagiurisprudenza' (come lo definisce A. TRISCIUOGGIO, *Il corpo umano vivente dopo la nascita: osservazioni storico-comparatistiche*, 390, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 2, Napoli, 2006, il quale compie un'interessante analisi sulla considerazione del corpo da parte dei giuristi romani) di J.P. BAUD, *Il caso della mano rubata. Una storia giuridica del corpo*, edito nella traduzione italiana di L. Colombo a Milano, 2003 (originariamente J.P. BAUD, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Paris, 1993), nel quale le riflessioni storico-giuridiche prendono avvio dal furto di una mano, tagliata da una sega circo-

sembra non si possa negare che nella sentenza in esame sia affermato un limite di carattere cronologico alla facoltà di disporre di ciò che è ‘proprio’. Certo, è tutta da discutere la riconducibilità del rapporto soggetto/corpo nei termini stretti di un diritto di proprietà del primo sul secondo (ossia l’idea che il corpo costituisca addirittura «un bene demaniale privato»²⁸, se tanto intensa dovesse sentirsi la ‘dominicalità’ del diritto che su di esso vanta la persona), ma mi pare che esattamente questo sia il punto: il problema deriva dalla considerazione delle specificità dell’oggetto, che – per così dire – ‘retroagisce’ sulla qualificazione giuridica da dare al rapporto tra l’‘oggetto’ e il suo ‘titolare’.

In altri termini, la forma dell’appartenenza non è aporoticamente quella dell’art. 832 c.c. perché – per usare le parole di Rodotà – «il corpo si presenta come un *oggetto giuridico nuovo*»²⁹. Il che equivale a dire che l’oggetto mette in discussione la categoria dominicale del diritto; ritengo non si possa invece, per ipotesi data, affermare che si è a cospetto di una situazione giuridica di natura radicalmente diversa da quella dominicale (e, benvero, non si saprebbe dire di qual tipo): quindi è pur sempre dal modello proprietario che occorre partire, per vedere però poi di quali adattamenti – o, in ipotesi estrema, stravolgimenti – esso abbisogni³⁰. Certo, nella prospettiva della tripartizione gaiana *personae - res - actiones* sulla quale può addirittura dirsi costruita la nostra civiltà giuridica, ci si colloca pur sempre all’interno delle *res*, ancorché non manchi di porre qualche pro-

lare in lavori di *bricolage* e sottratta da un malevolo vicino di casa: si tratta di una parte del corpo oppure di una *res* (e, in tal caso, *alicuius* o *nullius*?). Con richiamo a categorie giuridiche, però di impostazione filosofica, è la riflessione sull’appartenenza del corpo svolta da M.M. MARZANO PARISOLI, *Il corpo tra diritto e diritti*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1999, 527 ss.; cfr. inoltre, nell’insieme, U. GALIMBERTI, *Il corpo*, Milano, 2002.

²⁸ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*³, Roma, 1951, 138: per l’Autore, l’uomo è al contempo soggetto e insieme oggetto di diritti, essendo la persona, scissa dal corpo, titolare di un diritto di natura assolutamente assimilabile alla proprietà avente per oggetto il corpo stesso.

²⁹ S. RODOTÀ, *Ipotesi sul corpo*, cit., 489.

³⁰ La ‘direzionalità’ del ragionamento che propongo (ossia: è dalla contemplazione dell’oggetto-corpo che nasce l’esigenza di rivedere i profili giuridici dell’appartenenza) mi sembra sottesa alle parole di S. RODOTÀ, *Ipotesi sul corpo*, cit., 489: «l’impossibilità evidente di ricorrere alle categorie giuridiche tradizionali, fondate sull’esistenza di processi naturali non modificabili, impone la revisione di tali categorie, ma non esclude la necessità di individuare i principi di riferimento sia della legislazione, sia della ricostruzione scientifica, che siano pure in grado di restituire al corpo l’unità perduta per effetto della scomposizione in parti e funzioni alla quale irresistibilmente conducono le innovazioni scientifiche e tecnologiche» (con attenzione dunque, principalmente rivolta al tema della disposizione delle parti del corpo). Sembra invece contestare *in toto* la categoria proprietaria con riguardo al corpo (ma sulla base di argomenti pregiudiziali, ossia facendo leva sul valore della persona) M.M. MARZANO PARISOLI, *Il corpo tra diritto e diritti*, cit., 541, quando osserva che «il corpo è la condizione stessa dell’uomo, il luogo della sua identità, ciò che gli permette di instaurare un rapporto col mondo», salvo poi ammettere che «la nozione di *dominium* può allora rappresentare una pietra d’angolo per la costruzione di uno statuto del corpo umano capace di garantire la sua integrità, il suo valore e il suo essere parte significativa dell’essere umano» (così a p. 551).

blema di sovrapposizione il fatto che si tratti di un *ius in rem* vantato su quella particolare *res* che coincide con la stessa *persona*. Ma non v'è un'alternativa plausibile all'idea che l'asse del ragionamento dal quale occorre partire sia quello dell'appartenenza della *res*-corpo alla *persona*, modello dal quale muovevano nel loro ragionamento anche Savigny³¹ e Jhering³². Se è vero che dalle fonti romane non emerge una qualificazione dogmatica di ciò che è *homo* (*liber*, giacché lo schiavo era sicuramente *res*)³³, altrettanto chiaro è però anche che il pensiero giuridico ha sempre preso le mosse da una constatazione di alterità tra la persona e il proprio corpo non ricostruibile se non – ripeto – in termini di appartenenza della seconda alla prima³⁴.

Non mi sembra che si riveli decisivo, per il caso oggetto della sentenza della Cassazione, il criterio indicato dall'art. 5 c.c., nel quale si fissa il limite di liceità degli atti di disposizione del proprio corpo in corrispondenza con quelli che cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica: la norma, senza precedenti nel codice del 1865 e unica nel nostro codice a intervenire in una materia tradizionalmente non 'giuridificata'³⁵, senza dubbio interviene a sanzionare la cessione di parti separate del corpo considerate come se fossero beni patrimonialmente disponibili, con assimilazione dunque alla nozione di bene ai sensi dell'art. 810 c.c.³⁶. Nella vicenda in esame, però, il soggetto che rifiuta l'intervento sul proprio corpo, esercita il diritto di disposizione su di esso nel senso per cui, impedendo la trasfusione ematica, assume su di sé il rischio che da ciò possa derivare la sua stessa distruzione. Quindi occorrerebbe pensare che rientri nella nozione di atto di disposizione cagionante una diminuzione permanente dell'integrità fisica un qualsivoglia atto da cui dipenda quella – per così dire – massima diminuzione che è rappresentata dal-

³¹ F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Recht*, I, Berlin, 1840, 335 s.

³² R. VON JHERING, *Sul fondamento della protezione del possesso*, nella trad. it. di F. Forlani, Milano, 1872, 115 s.

³³ A. TRISCIUOGGIO, *Il corpo umano vivente dopo la nascita*, cit., 405 s.

³⁴ Si veda J.P. BAUD, *Il caso della mano rubata*, cit., in specie 225 s., rifacendosi in buona parte ad A. DAVID, *Structure de la personne humaine (limite actuelle entre le personne et la chose)*, Paris, 1955.

³⁵ Osserva S. RODOTÀ, *Ipotesi sul corpo*, cit., 467: «fino a non molto tempo fa, le norme sugli usi del corpo erano poche, sintetiche e riferite solo ad una ridottissima parte dei problemi oggi discussi. Questo non era il frutto d'una disattenzione o di un disinteresse. Era la conseguenza del fatto che l'uso del corpo, nella grandissima parte dei casi, dipendeva unicamente da leggi naturali, consentiva solo limitati interventi attivi che ne modificassero la struttura e, quindi, non aveva bisogno di specifiche regolazioni giuridiche. La norma morale o sociale sull'uso del corpo trovava proprio nell'inalterabilità dei processi naturali la sua più forte garanzia».

³⁶ Sull'art. 5 c.c. si veda M.C. VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo*, Milano, 2002. Sulla problematica che si colloca sullo sfondo dell'art. 5 c.c., M. TALLACCHINI, *Il corpo e le sue parti. L'allocazione giuridica dei materiali biologici umani*, in *Medicina e morale*, 1998, 499 ss.; inoltre G. CALABRESI, *Una introduzione al pensiero giuridico: quattro approcci al diritto e al problema del regime giuridico delle parti del corpo umano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, 755, nonché A. DE CUPIS, voce *Corpo (Atti di disposizione del proprio)*, in *Nov. dig. it.*, IV, Torino, 1959, 854 s.

la morte. Però, in effetti, non sembra possibile dire che nella scelta del paziente si veda la volontà di violare la propria integrità fisica, cui sembra legata l'autentica *ratio* del divieto di cui all'art. 5 c.c.³⁷; a ben vedere, onde sostenere l'applicabilità dell'art. 5, si dovrebbe – un po' artificiosamente – affermare che la scelta di rifiuto delle terapie sia assimilabile «alla diminuzione permanente dell'integrità fisica che certo si verifica nell'intervallo tra l'abbandono dei mezzi necessari a tenere in vita la persona e la morte, e che la norma pone quale limite invalicabile all'autonomia privata»³⁸. Ma, a dire il vero, sembra una lettura un po' forzata.

Invece, volendo proporre una qualificazione giuridica della fattispecie che, per quanto possa sembrare un tanto 'asettica', è però l'unica accettabile, si deve ravvisare una manifestazione di volontà negoziale³⁹, sottoposta alla condizione sospensiva (*dies incertus an, incertus quando*, scolasticamente) rappresentata dall'eventualità che si ponga la necessità di effettuare una trasfusione ematica; dunque si tratta di un negozio unilaterale in sé valido ed efficace, non vietato dall'art. 5 c.c., salvo che esso evidenzia la non irrilevante specificità data dal fatto che l'oggetto del *ius utendi atque abutendi* è rappresentato dal proprio corpo⁴⁰.

È dunque in considerazione della peculiarità del bene oggetto del diritto che i giudici decidono di marcare il limite di cui si è detto (ossia la verifica dell'attualità, oltre che dell'inequivocità del dissenso dalle cure), a fronte dell'esercizio di una facoltà di per sé rientrante tra quelle del proprietario. Ma si tratta – non v'è dubbio – di un limite di pura creazione pretoria, che concorre a conformare il contenuto della proprietà in ragione del suo oggetto.

6. *Segue: un secondo caso.*

³⁷ A prescindere poi dal problema se il diritto possa o meno assecondare la volontà di violare la propria integrità fisica, quando ciò sia funzionale alla «libera costruzione della personalità»: così S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, Milano, 2006, 88, in specie con riferimento alla l. 164 del 1982, sulla rettificazione dell'attribuzione di sesso.

³⁸ Così C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 108.

³⁹ Nella prospettiva di un discorso sulle sorti del negozio giuridico, ma proprio con riferimento al fenomeno di «inserimento della persona nel circuito del diritto privato patrimoniale», rileva che un simile atto di volontà costituirebbe proprio un negozio C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico*, cit., 100: «insospettabilmente ma sempre più esso [il negozio] conquista territori in quell'area delle situazioni soggettive personali tradizionalmente pensate come aliene all'ambito assegnato all'autonomia privata». Il pensiero dell'Autore acutamente coglie i segni – a cominciare proprio dal risarcimento del danno non patrimoniale, della vita, del corpo, della libertà – del generale fenomeno del «calarsi del non patrimoniale entro la sfera patrimoniale» (p. 101).

⁴⁰ C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico*, cit., 103.

La seconda pronuncia sulla quale conduco l'attenzione mette essa pure in luce un limite al contenuto della proprietà, andando al di là di quanto possa direttamente evincersi dalla legge.

Il riferimento è a una decisione del Cons. Giust. Ammin. Sicilia, sez. giurisd. 15 maggio 2006, n. 220⁴¹, nella quale si preclude la disponibilità di taluni beni da parte del proprietario, in considerazione del 'contesto ambientale' nel quale essi si collocano. Si veda meglio: nella specie veniva in discussione la facoltà di disporre di una specchiera e di un dipinto posti all'interno di un immobile vincolato situato nel centro di Palermo. Valga anzitutto precisare che quei beni mobili non erano espressamente sottoposti ad alcun vincolo di legge.

Interessante è l'argomentazione seguita dai giudici onde pervenire alla conclusione nel senso della loro inamovibilità. Si afferma che il vincolo ravvisabile su quegli oggetti d'arte va desunto a prescindere dalle consuete categorie civilistiche. Non sarebbe adottabile il criterio della rimuovibilità o della complementarietà dei beni rispetto all'immobile oggetto del vincolo pubblicistico: in particolare, i giudici non percorrono l'argomentazione – alla quale saremmo forse portati a pensare – secondo cui specchiera e dipinto avrebbero costituito una pertinenza dell'immobile ai sensi dell'art. 817 c.c.⁴². L'uno e l'altra in effetti potevano essere tranquillamente asportati: il che era proprio ciò che intendeva fare il proprietario. Invece, la ragione dell'inamovibilità giuridica di quei beni è da ricavarsi – a detta del Consiglio di Giustizia – da un criterio di «integrità materiale e funzionale di certi luoghi significativi per la memoria collettiva».

In questo caso è dunque messo a fuoco un limite collegato – per così dire – al *genius loci*, ossia al complessivo contesto ambientale entro il quale i beni si trovano collocati.

Si tratta dell'acquisizione al patrimonio concettuale della proprietà di un'idea nuova, semmai riconducibile più direttamente all'elaborazione, sulla scorta del recente Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. 24 gennaio 2004, n. 42), della nozione di bene di valore culturale artistico c.d. estrinseco: si tratta di una nozione ampia, in grado di annoverare beni che non presentano un interesse artistico, storico, archeologico o etno-antropologico proprio, per la 'cosa' in sé considerata, ma identificati in forza della loro collegabilità alla storia della cultura in generale, così in specie per il fatto che quei beni rendono «documentazione, reale o simbolica, che si ritiene necessario tramandare nel tempo. Tale collegamento si compenetra nelle cose che ne costituiscono il supporto materiale che, quindi, non può essere protetto separatamente dal bene»⁴³.

⁴¹ La si può vedere in *Foro amm.*, 2006, 1953 ss.

⁴² Il quale prevede – lo ricordiamo – che «sono pertinenze le cose destinate in modo durevole a servizio o ad ornamento di un'altra cosa. La destinazione può essere effettuata dal proprietario della cosa principale o da chi ha un diritto reale sulla medesima».

⁴³ Per utilizzare le parole di Tar Lazio 8 gennaio 2009, n. 60, in *Red. amm. Tar*, 2009, 01.

Si vede, in definitiva, quanta adattabilità mostri il paradigma dominicale dell'art. 832 c.c., con il suo riferimento ai limiti e agli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico, per essere in grado di assorbire il dovere di non rimuovere dal luogo in cui si trova il bene di proprietà che risulti espressivo – a prescindere dal valore artistico, in sé considerato – di un valore culturale proprio in ragione del luogo, appunto, in cui si trova.

7. La generale linea di tendenza verso la smaterializzazione del bene oggetto del diritto dominicale.

Nella panoramica che sto cercando di tratteggiare sui profili salienti del diritto dominicale lungo il cammino che conduce al nuovo diritto europeo, una linea di tendenza che mi sembra necessario mettere in luce è quella rappresentata dalla progressiva smaterializzazione del bene oggetto del diritto stesso: tendenza che ha già percorso un ampio tratto di strada, almeno da quando la concettualizzazione della dottrina tedesca ha consentito di mettere a fuoco la figura del bene immateriale⁴⁴.

Di recente si è osservato che ben lontana appare l'immagine di un Mastro-don Gesualdo che passa in rassegna i propri poderi 'zolla per zolla': «le cose che l'occhio vedeva, la mano poteva toccare, e 'le cose che si possono toccare' esaurivano il genere della 'roba' di Gesualdo. Ma la 'roba' di un ricco dei nostri giorni si identificherebbe solo parzialmente in cose tangibili e, anzi, quelle di maggior valore economico sarebbero probabilmente incorporali»⁴⁵.

Il fenomeno di smaterializzazione che sta caratterizzando i nostri tempi evoca per molti aspetti – dopo un paio di millenni – quello che condusse all'elaborazione dei più antichi diritti reali limitati, le servitù prediali, quando queste, ancora nel diritto romano preclassico, smisero di essere concepite in un rapporto di immedesimazione con la porzione del fondo su cui esse erano esercitate dal titolare, per assumere invece la forma, in seguito a un procedimento di astrazione, del diritto su cosa altrui: prova di questo passaggio è data dalla *lex Scribonia*, con cui fu sancita l'iusucapibilità delle servitù, proprio perché non più *res*. Dunque in forza di questa smaterializzazione fu possibile concepire il diritto come limitato, ma la cui limitatezza sarebbe stata da intendersi in senso strettamente giuridico, per le facoltà che concede a chi ne sia titolare in concorrenza con l'altrui diritto dominicale, non già con riferimento alla materialità del fondo (e in specie delle sue parti).

Si torni però all'oggi. Il vasto ambito entro il quale è maturato il processo di smaterializzazione dei beni oggetto del diritto è quello della proprietà intellettuale (c.d. IP), ossia dell'appartenenza di ciò che è immateriale.

⁴⁴ Si veda in specie J. KOHLER, *Deutsches Patentrecht*, Mannheim, 1878 (Aalen, 1984); ID., *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Stuttgart, 1907 (Aalen, 1980).

⁴⁵ Così U. VINCENTI, *Diritto senza identità*, cit., IX.

Non v'è dubbio che le *new properties*, secondo l'espressione adottata da Charles Reich nel suo celebre saggio pubblicato sul *Yale Law Journal*⁴⁶, tendano ad apparire sempre più il modello di appartenenza caratteristico del nostro tempo. Efficacemente ha osservato lo scienziato Negroponte che la realtà dei *bit* ha ormai rimpiazzato quella degli atomi⁴⁷. E si tratta di un processo che ha subito in questi ultimi cinquant'anni una progressiva accelerazione, sebbene le basi per un'applicazione del paradigma proprietario al campo dell'immaterialità possano vedersi nel XVIII secolo in Francia, con la prima legislazione a tutela del diritto d'autore, alla quale si rifanno – tra gli altri – il codice Albertino del 1837 (art. 440) e il primo codice unitario del 1865 (art. 437), ove sono richiamati i concetti di proprietà e di appartenenza con riguardo alle produzioni dell'ingegno; e anzi, ancor prima, i presupposti per quella 'trasmigrazione' ed evoluzione di concetti sono ravvisabili già nella conoscenza e nella diffusione del pensiero di Locke⁴⁸.

Negli ultimi decenni, comunque, la riflessione sulla polarizzazione delle situazioni di appartenenza intorno alla materialità ovvero all'immaterialità dell'oggetto ha condotto a una significativa ridefinizione complessiva dello statuto giuridico della *res*: l'attenta riflessione della dottrina non ha potuto mancare di osservare la strettoia concettuale nella quale ci si trova allorché, smarrito un punto di riferimento naturalistico per poter giudicare dell'esistenza di un bene (nella società arcaica *res* è quella che si tocca), si è costretti a riconoscere che la «definizione di bene nella sua accezione forse più moderna è anche la più legata ad una idea di bene come fenomeno di godimento esclusivo»⁴⁹. Dal che si deduce che l'identificazione del concetto di bene appare affidata a indici conformati in modo assai variabile: così si è osservato che, se il criterio di identificazione di ciò che è *res*, sia questa corporale o incorporale, è da vedersi nell'idoneità a un godimento esclusivo, allora si deve convenire sul fatto che la qualificazione dell'oggetto risulti soltanto in

⁴⁶ C.A. REICH, *The New Property*, in *Yale Law Journal*, 73, 1964, 733 ss.

⁴⁷ Citato da P. SPADA, *La proprietà intellettuale tra 'reale' e 'virtuale': un guado difficile*, in *Dir. dell'internet*, 2007, 438.

⁴⁸ In argomento si rinvia agli studi di L. MOSCATI, di recente in *Napoleone e la proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 179 ss.; ID., *Il 'code civil' e il destino della proprietà intellettuale in Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 2008, 429 ss., ove ulteriori riferimenti di dottrina. L'Autrice evidenzia come «la giurisprudenza inglese dopo la metà del XVII secolo e Locke possono essere considerati [...] forse i primi ad aver utilizzato il termine proprietà in relazione alle opere letterarie. All'autore viene attribuita "*the most absolute property*" della sua opera e questa viene assimilata a quella che "*any Man hath to the Estate*", con un chiaro riferimento alla proprietà dei beni materiali». L'idea che l'autore vanti sull'opera un diritto di proprietà, il quale è però caratterizzato da un limite temporale, diviene centrale nel celebre 'Statuto di Anna' del 1710: tale impostazione ebbe poi ampia circolazione in Europa e oltre, divenendo un tratto caratterizzante del sistema della proprietà intellettuale, su cui si veda EAD., *Lo Statuto di Anna e le origini del 'Copyright'*, in *'Fides' 'Humanitas' 'Ius'. Studii in onore di Luigi Labruna*, VI, Napoli, 2007, 3671 ss.

⁴⁹ Così D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970, 40.

funzione del diritto, nonché in base a un'indagine che va condotta con forte senso della storia⁵⁰.

Oggi nello spazio del diritto privato europeo il regime di protezione della proprietà intellettuale è, almeno nel suo nucleo centrale, quello derivante dai c.d. TRIPs (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*). Si tratta, com'è noto, dell'accordo internazionale, coinvolgente in realtà un numero di paesi ben più largo di quelli parte dell'Unione europea, sottoscritto a Marrakesh il 15 aprile 1994, dopo più di 7 anni di intensi negoziati, proprio sul tema della proprietà intellettuale. L'accordo TRIPs si affianca ad altri trattati patrocinati dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC o WTO), che allora nasceva inglobando l'Organizzazione Mondiale della proprietà intellettuale (OMPI o WIPO), attiva dal 1967. L'articolato normativo dei TRIPs, suddiviso in un preambolo, 7 parti e 73 articoli, risulta dall'accorpamento in un unico testo della disciplina della proprietà intellettuale, tradizionalmente disciplinata nella Convenzione di Parigi del 1883, nonché del diritto d'autore, oggetto della Convenzione di Berna del 1886. I TRIPs hanno trovato attuazione in Italia con il d.lgs. 19 marzo 1996, n. 198.

Occorre tenere conto che il regime della proprietà intellettuale appare completato nel nostro ordinamento – in un panorama legislativo che appare piuttosto stratificato⁵¹ – dalla legge 18 aprile 2005, n. 62, nella quale sono contenute le disposizioni di recepimento della direttiva 2004/48/CE, in specie in tema di c.d. *enforcement* della proprietà intellettuale e industriale: quest'ultima direttiva costituisce a sua volta un complesso normativo, volto a rendere più serrato e omogeneo il sistema europeo, nel quale sono trasposte a livello comunitario le norme processuali contenute nei TRIPs. Pertanto, il testo del 2005, che da questo punto di vista deve intendersi come di integrazione e di completamento rispetto al d.lgs del 1996, incide sotto forma di novellazione sulla l. 22 aprile 1941, n. 633, ossia la legge sul diritto d'autore, nonché sul c.d. codice della proprietà industriale di cui al d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30.

⁵⁰ Richiamandosi in specie agli studi di Franceschelli, Are, Massinetti e Scozzafava, osserva con un certo scetticismo P. SPADA, *La proprietà intellettuale*, cit., 438, che «la proprietà intellettuale ed il bene immateriale sono – come ogni proprietà – figure del sapere giuridico affiorate nella storia e conformate dalla storia; sicché senza senso è interrogarsi sulla 'validità' dell'una o dell'altra figura [...], se per validità di un concetto si intende qualcosa di diverso – e magari di idealisticamente più nobile – di utilità conoscitiva ed applicativa di materiali precettivi». Considerazioni simili si trovano anche in Id., nella *Parte generale* di P. AUTERI, G. FLORIDIA, V. MANGINI, G. OLIVIERI, M. RICOLFI, P. SPADA, *Diritto industriale proprietà intellettuale e concorrenza*³, Torino, 2009.

⁵¹ Per una prima lettura dei Trips, S. SANDRI, *La nuova disciplina della proprietà industriale dopo i GATT-TRIPs*, Padova, 1999; per orientarsi tra le molte direttive in argomento L. CHIMIENTI, *La nuova proprietà intellettuale nella società dell'informazione. La disciplina europea e italiana*, Milano, 2005; di recente inoltre E. BONADIO, *Sistema brevettale 'Trips' e risorse genetiche. Esigenze commerciali e interessi pubblici*, Napoli 2008.

Dalla disciplina che complessivamente deriva dagli accordi TRIPs, nonché dalla direttiva del 2004, emerge la tendenza a un'espansione delle tutele risarcitorie (e della loro efficacia) spettanti al titolare di IP: così, sono degne di rilievo in specie talune novità che hanno ridisegnato la legge sul diritto d'autore, introducendo particolari meccanismi di deterrenza onde ottenere il risarcimento del danno⁵²; ma risulta inciso anche il recente codice della proprietà industriale, con il nuovo articolo 125, nel quale sono delineate le due strade, alternative, del risarcimento del danno e della reversione degli utili, la prima concettualmente riconducibile all'esigenza di reintegrazione del patrimonio del soggetto leso, la seconda inquadrabile nella prospettiva dell'arricchimento senza causa, eppure cumulativamente percorribili almeno nella misura in cui gli utili da restituire eccedano la somma dovuta a titolo di risarcimento⁵³.

La stratificazione di una fitta serie di tutele, per lo più rapportabili al modello risarcitorio, non impedisce di vedere quale sia l'impianto di base che regge la disciplina: si tratta di un impianto che resta nel suo insieme segnato dalle linee della proprietà (intellettuale), con un corredo di tutele correttive/reali – si pensi, paradigmaticamente, alla c.d. rivendicazione del brevetto per invenzione – accanto a molte altre puramente risarcitorie.

⁵² Il nuovo testo dell'art. 158 prevede che «il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile. Il lucro cessante è valutato dal giudice ai sensi dell'articolo 2056, secondo comma, del codice civile, anche tenuto conto degli utili realizzati in violazione del diritto. Il giudice può altresì liquidare il danno in via forfettaria sulla base quanto meno dell'importo dei diritti che avrebbero dovuto essere riconosciuti, qualora l'autore della violazione avesse chiesto al titolare l'autorizzazione per l'utilizzazione del diritto»; inoltre stabilisce che «sono altresì dovuti i danni non patrimoniali ai sensi dell'articolo 2059 del codice civile». Nel nuovo art. 162-ter si prevede poi che «quando la parte lesa faccia valere l'esistenza di circostanze atte a pregiudicare il pagamento del risarcimento del danno, l'autorità giudiziaria può disporre ai sensi dell'articolo 671 del codice di procedura civile il sequestro conservativo di beni mobili e immobili del presunto autore della violazione fino alla concorrenza del presumibile ammontare del danno, compreso il blocco dei suoi conti bancari e di altri beni. A tale fine, nei casi di violazioni commesse su scala commerciale, l'Autorità giudiziaria può disporre la comunicazione delle documentazioni bancarie, finanziarie o commerciali, o l'appropriato accesso alle pertinenti informazioni».

⁵³ A tenore del quale «il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile, tenuto conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali le conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno, del titolare del diritto leso, i benefici realizzati dall'autore della violazione e, nei casi appropriati, elementi diversi da quelli economici, come il danno morale arrecato al titolare del diritto dalla violazione. La sentenza che provvede sul risarcimento dei danni può farne la liquidazione in una somma globale stabilita in base agli atti della causa e alle presunzioni che ne derivano. In questo caso il lucro cessante è comunque determinato in un importo non inferiore a quello dei canoni che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare, qualora avesse ottenuto una licenza dal titolare del diritto leso. In ogni caso il titolare del diritto leso può chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento».

Dunque rimane saldo il modello dominicale, giustificante la protezione in funzione ripristinatoria.

Per quanto la peculiarità dell'oggetto tenda a erodere le certezze tradizionali, la tensione di fondo è ancora quella che conduce alla riconducibilità del bene immateriale entro il paradigma del *ius in rem*, con i consueti caratteri di pienezza ed esclusività. Ciò si può affermare almeno nella misura in cui ci si accontenti di ravvisare un'analogia di carattere generale tra le strutture della proprietà intellettuale e quelle della proprietà tradizionale: in specie, il nocciolo di tale analogia è da vedersi nel fatto che è comunque riconosciuto un *ius utendi* e al contempo un *ius excludendi omnes alios*, sul quale si innestano poi anche le tutele risarcitorie⁵⁴. Ci troviamo ancora una volta a far leva sui caratteri della pienezza e dell'esclusività del diritto: la mappa delle tutele spettanti per la protezione della cosa immateriale prevede il tronco fondamentale dell'azione con cui si accerti l'appartenenza, con il corollario della pretesa di ottenere la reintegrazione in forma specifica affinché sia ripristinata la pienezza del godimento del bene di appartenenza, oltre all'azione generale di responsabilità (aquiliana) che impone il risarcimento del danno a coloro che con il loro comportamento abbiano danneggiato l'oggetto del diritto o impedito al titolare di goderne in modo pieno⁵⁵.

Anziché sulla *res* l'attenzione deve essere appuntata sul *ius*, nel senso che il carattere dominicale deriva essenzialmente dall'esclusività del diritto di appartenenza. Ma, in questo contesto, l'esclusività dell'appartenenza riguarda a sua volta un'espressione dell'intelligenza o della creatività di una persona, sicché il modello del diritto assoluto sembra partecipare tanto della natura patrimoniale quanto di quella personale: un bene è 'mio' non solo nel senso che è di mia proprietà e che ne posso disporre, ma anche nel senso che è espressione della mia persona, con un certo rimescolamento della distinzione tra le categorie della patrimonialità e della personalità⁵⁶; anche in tal caso, come nell'esempio sopra visto dell'atto di disposizione del corpo, sembra un po' soffrire la tradizionale distinzione gaiana tra le categorie di *res* e di *persona*.

Si tratta di difficoltà ben colte da Paolo Spada, il quale osserva che la proprietà intellettuale si presenta come diritto esclusivo, «ma non è *solo* 'diritto esclusivo'»: trovano spazio in quest'ambito, come si è detto, anche tecniche di protezione di natura personale⁵⁷.

⁵⁴ Si vedano sul punto le riflessioni di P. AUTERI, ne *L'enforcement' dei diritti di proprietà intellettuale. Profili sostanziali e processuali*, a cura di L. Nivarra, Milano, 2005, 5 ss.

⁵⁵ In argomento, G. FLORIDIA, in P. AUTERI, G. FLORIDIA, V. MANGINI, G. OLIVIERI, M. RICOLFI, P. SPADA, *Diritto industriale*, cit., 651 s.

⁵⁶ «Quell'idea è uscita da me, in essa dovete *riconoscere me stesso*»: così efficacemente P. ZATTI, *Il corpo e la nebulosa*, cit., 76.

⁵⁷ P. SPADA, *Conclusioni*, ne *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale*, cit., 190; similmente Id. anche ne *La proprietà intellettuale*, cit., 437 ss. Sulla stessa linea P. AUTERI, *Le tutele reali*, ne *La proprietà intellettuale*, cit., 11 ss.

Così, per adottare il linguaggio dell'analisi economica del diritto – in specie elaborato nel celebre saggio di Calabresi e Melamed – si può dire che alle *property rules* si affiancano e (al contempo con esse si combinano) le *liability rules*⁵⁸: regole proprietarie e regole di responsabilità concorrono nell'assicurare protezione alla *res* non tangibile. Da un lato, si collocano le tutele che consentono al titolare del bene di impedire che altri utilizzi il bene senza il suo consenso (essendo invece di esso possibile la cessione ovvero la concessione del diritto alla sua utilizzazione), dall'altro lato, quelle che impongono all'autore della violazione del diritto una somma di denaro a titolo di risarcimento. La distinzione, nella prospettiva dei cultori di *law and economics*, si affida a un criterio mobile e piuttosto empirico, giacché, pur elaborata certamente nel solco di quella tra azione reale e azione personale, ritiene decisiva la maggiore o minore onerosità dei costi di transazione, di modo che la tutela meramente risarcitoria si adatterebbe meglio quando i costi siano alti e rendano più difficile un negoziato per la cessione o l'utilizzazione del bene, mentre quella reale sarebbe consentita in presenza di costi del conflitto piuttosto contenuti.

L'immaterialità della cosa impone che l'idea stessa di appartenenza trovi nuove forme: ancora Spada rileva che «l'*esclusiva* (dell'autore, dell'inventore brevettante, del titolare del marchio registrato) è *riserva d'attività non appartenenza*» (i corsivi sono dell'Autore)⁵⁹. Dunque permarrebbero i caratteri essenziali dell'*actio in rem*, senza però che, a ben vedere, la relazione del soggetto con la *res* possa propriamente esprimersi in un avere giuridico: o, per lo meno, manca un'appartenenza nel senso tradizionale. La struttura dominicale assorbe in effetti, quale suo oggetto, un bene che è esso stesso una 'creazione' del diritto⁶⁰. Non solo: il bene di cui si tratta – integrato da idee, conoscenze, informazioni o altre entità immateriali – mostra la sua utilità proprio in quanto sia fruibile da terzi e non già in effetti per l'appartenenza esclusiva di un solo soggetto, con la conseguenza che risulta assai difficile trattenere quell'immaterialità all'interno di una teoria generale delle cose, corporali e incorporali⁶¹. Il criterio dell'idoneità a un godimento esclu-

⁵⁸ Si allude a *Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral*, in *Harvard Law Review*, 85, 1972, 1089 ss. In scia, ampia la letteratura nordamericana in chiave di analisi economica: tra molti, R.P. MERGES, *Of property rules, Coase and Intellectual Property*, in *Columbia Law Review*, 1994, 94, 2655 ss.; L. LESSIG, *The future of ideas. The fate of the commons in a connected world*, New York, 2002.

⁵⁹ Così P. SPADA, *Conclusioni*, cit., 191.

⁶⁰ Cfr. T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, 353 ss.

⁶¹ Osserva D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica*, cit., 147 s., che «se è vero, come crediamo sia vero, che la forma specifica di godimento è ciò che distingue nella loro oggettività giuridica le cose corporali dalle cose incorporali, si deve concludere che il modo in cui si realizza il godimento costituisce il criterio di individuazione e qualificazione dei beni immateriali dal punto di vista giuridico. Non si può capire l'importanza di una simile conclusione senza ricordare l'importanza analoga che ha per le cose corporali il diritto reale o meglio il potere sulla cosa. In senso formale e astratto, la soluzione non potrà che essere la stessa; e cioè sarà sempre data, come del resto abbiamo visto, dall'esistenza di una posizione di tutela rispetto al bene. In realtà, però, mentre nelle cose corporali il riferimento al diritto, grazie alla tipicità delle forme di

sivo, che fa del bene immateriale comunque un bene (da un punto di vista statico), sembra così doversi conciliare con l'esigenza, propria dei beni immateriali, che essi trovino (sotto il profilo dinamico) una esteriorizzazione e una diffusione presso terzi. E ancora: il 'gioco' con le categorie tradizionali si fa ancora più sottile nel momento in cui si riconosce che la tutela ripristinatoria che concettualmente si lega a un'*actio in rem* possa, nel caso della proprietà intellettuale, assumere essa stessa la forma di un risarcimento del danno; ritiene che si faccia proprio un problema di *quomodo* della tutela Spada quando, chiedendosi «come si restituisce la risorsa intangibile della quale si dispone senza titolo?», rileva «la risposta che, allo stato del dibattito, mi sembra plausibile è questa: si aggiudica all'avente diritto il corrispettivo dell'uso della risorsa (*equitable royalty*). Questa è restituzione non risarcimento. Non è detto, infatti, che ci sia distruzione di ricchezza altrui; c'è disappropriazione di ricchezza altrui!»⁶².

8. Un caso paradigmatico: la protezione del 'know-how'.

La ridefinizione del modello del diritto dominicale, imposta dall'immaterialità del bene su cui quel diritto si esercita, può utilmente saggiarsi avendo riguardo alla tutela del *know-how*.

Nel caso del *know-how*, in effetti, la smaterializzazione del bene oggetto del *ius in rem* appare condotta fino al massimo grado, sicché le strutture concettuali di quest'ultimo risultano messe alla prova sino quasi a raggiungere il punto di crisi.

Si muova per esempio da una pronuncia della Cassazione del 27 febbraio 1985, n. 1699, nella quale si afferma che i diritti di *know-how* sono inerenti al «complesso di conoscenze ed esperienze tecnologiche e di mercato conseguite da altri in materia, destinate a rimanere segrete, ed acquisite dalla società a titolo oneroso»⁶³. In generale, si usa dire che il *know-how* si caratterizza per i tratti di novità, utilità e segretezza, che ne fanno un bene di mercato. Appare chiaro, comunque, che con il *know-how* è tutelata una pura immaterialità; emerge però che tale immaterialità presenta una rilevante consistenza econo-

utilizzazione, ha in sé un significato costruttivo già compiuto, nelle cose incorporali l'esistenza del diritto non ci aiuta affatto a conoscere com'è costruita la loro oggettività di 'beni'. Vogliamo dire che nelle cose incorporali il rapporto tra il diritto e il godimento, ossia il contenuto, non è così meccanico come in quelle corporali; e appunto per questo il problema del modo in cui il godimento si realizza, dal punto di vista della costruzione tecnica, prende il posto di qualunque altro». Siffatte considerazioni rievocano un'idea di proprietà differente rispetto a quella di godimento pieno ed esclusivo del bene limitato soltanto dalla legge, bensì ricollegabile a un beneficio, una remunerazione, in vista di un interesse generale, di un servizio reso alla collettività, idea alla quale fa riferimento P. GROSSI, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992, 454 ss.

⁶² P. SPADA, *Conclusioni*, cit., 191

⁶³ Si veda in *Foro it.*, 1985, I, 2661 ss.

mica, come prova il fatto che – così anche nel caso oggetto della sentenza appena citata – il *know-how* può essere iscritto a bilancio⁶⁴.

L'immaterialità del *know-how* appare palese perché si tratta di una conoscenza che non assume una veste giuridicamente formalizzata. In effetti, trattandosi di una conoscenza tecnologica o di mercato non protetta da brevetto (e con riferimento a ciò si parla propriamente di *know-how* in senso stretto), non si riscontra un oggetto dell'avere giuridificato: colui che chieda tutela del proprio *know-how* oppure intenda disporre di questo non 'ha' un bene individuato (non c'è un brevetto, né un marchio registrato), al di fuori della conoscenza di una serie di tecniche e di regole.

Oltre a quanto detto, un ulteriore aspetto che rende difficoltosa la configurabilità del *know-how* alla stregua di un qualsivoglia altro bene è rappresentato dal fatto che esso dovrebbe presentare quale suo *ubi consistam* il carattere di esclusività della conoscenza stessa. Però, nel momento in cui si ammette la cedibilità del *know-how*, si presuppone che il trasferimento della conoscenza da un soggetto a un altro non faccia venir meno l'essenza del *know-how* stesso, ossia – per l'appunto – la sua esclusività. In altri termini, si potrebbe obiettare che una certa conoscenza di cui soltanto un soggetto dispone costituisca un bene degno di considerazione economica, e quindi di tutela giuridica, proprio fin tanto che quella conoscenza rimanga riservata: ma da ciò dovrebbe allora trarsi l'inconfigurabilità della cessione del *know-how*. Viceversa, se si ammette la cedibilità del *know-how*, bisogna presupporre che la trasmissione di una certa conoscenza non faccia venir meno il suo carattere di esclusività, nonché quindi – in connessione con ciò – la sua consistenza economica e la ragione di tutela giuridica: ma, naturalmente, questo si potrebbe sostenere solo fintantoché il trasferimento della conoscenza si mantenesse entro limiti ragionevolmente accettabili⁶⁵.

Siffatte difficoltà, collegate alla peculiare natura del *know-how*, hanno prodotto ampi riflessi sull'impostazione giurisprudenziale del tema.

Secondo un orientamento oggi superato, che si vede espresso per esempio da Cass. 28 giugno 1985, n. 3881, la cessione del *know-how* sarebbe valida solo qualora fosse previ-

⁶⁴ L. ANGIELLO, *Il 'know how': un oscuro oggetto di bilancio*, in *Giur. comm.*, 1986, II, 821 ss.; si veda inoltre P. PITTER, *'Know how' e contratto di 'Know how'*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 35 ss., con ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza antecedenti; FED. GALGANO, *I contratti di 'know how'*, ne *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, diretto da F. Galgano, Torino, 1995, 1121 ss.; di recente, M. MONTANARINI, *Contratti di cessione e di uso di 'know how' e concorrenza sleale*, in *Contr. e impr.*, 2007, 1124 ss.

⁶⁵ Senza dire, poi, della revisione radicale del concetto di 'esclusività' della conoscenza che s'impone nel mondo della comunicazione globale: utile seguire il filo delle riflessioni svolte da P. SPADA, *'Creazione ed esclusiva', trent'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 703 ss.; ID., *La proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, 635 ss.; ID., *'Domain names' e dominio dei nomi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 713 ss.; ID., *Copia privata ed opere sotto chiave*, in *Riv. dir. ind.*, 2002, I, 591 ss.

sto da parte del cedente un servizio di assistenza a favore del cessionario⁶⁶. Con questa premessa, però, non si potrebbe dire oggetto di tutela e di disposizione il *know-how* in sé considerato: semmai, esso verrebbe in rilievo nella misura in cui fosse inserito (e si direbbe quasi diluito) all'interno di una più ampia prestazione di *facere* comprensiva anche della trasmissione di conoscenze ed esperienze. Il questo modo, però, il problema della considerazione giuridica del *know-how*, principalmente sul piano della sua configurabilità in termini di *res*, appare sostanzialmente eluso, giacché è solo in forza di una sorta di *chicane* logica che il suo contenuto viene alla fine assorbito all'interno del contratto.

Il cammino di progressivo riconoscimento del *know-how* quale autonomo oggetto di diritti (e dunque la sua assunzione da *Gegenstand* a *Vermögensgegenstand*) vede poi il compiersi di un significativo passo in avanti con il regolamento comunitario n. 556 del 1989, che all'art. 1, comma 7, riconosce nel *know-how* un «insieme di informazioni di tecniche segrete, sostanziali ed identificate in una qualsiasi forma appropriata».

La giurisprudenza sviluppa l'impostazione della fonte comunitaria, affermando con la sentenza Cass. 20 gennaio 1992, n. 659 che il *know-how* in senso stretto – per tale intendendosi, come si è detto, l'insieme di conoscenze ed esperienze ancorché non tutelate da brevetto – rappresenta un bene economico, meritevole di essere considerato come autonomo elemento patrimoniale che, sebbene non tutelato *erga omnes* (così testualmente la sentenza), è comunque trasferibile verso corrispettivo⁶⁷. Si riconosce pertanto la natura di *res* commerciabile del *know-how*, ancorché in tal caso l'appartenenza di quest'ultimo non sia ricostruita propriamente nei termini di un diritto assoluto tutelabile nei confronti di chiunque.

Quindi, con il già citato d.lgs. 19 marzo 1996, n. 198, in recepimento degli accordi TRIPs, viene inserito nella c.d. legge invenzioni, R.d. 29 giugno 1939, n. 1127, l'art. 6 *bis* nel quale è accolta la nozione di *know-how*: e la sua violazione è configurata in termini di atto di concorrenza sleale (ai sensi dell'art. 2598, n. 3, c.c.); il contenuto dell'art. 6 *bis* è quindi oggi versato all'interno del codice della proprietà industriale, d.lgs. 30 del 2005, all'art. 98.

La recente giurisprudenza muove da questi presupposti e, per esempio con Cass. 10 gennaio 2004, n. 206, sez. lav., qualifica come cessione di ramo d'azienda quella avente

⁶⁶ In *Giur. it.*, 1987, I, 1, 156 ss.: nella decisione pesa però anche la considerazione del fatto che nella specie la conoscenza che si intendeva trasmettere (*id est* trattamenti estetici di protesi capillare) era priva dei necessari caratteri di esclusività e segretezza.

⁶⁷ In *Corr. giur.*, 1992, 891 ss., con commento di M. COSTANZA. L'affermazione fatta nella sentenza della non configurabilità del *know-how* come oggetto di «diritto soggettivo munito di tutela assoluta valevole *erga omnes*» si inserisce nel contesto di una motivazione che intende comprovare la credibilità del *know-how* oggetto di un contratto atipico ex art. 1322 c.c., senza venirne a costituirne il fulcro: in ogni caso, è in essa ravvisabile un ritorno a posizioni (in origine ascarelliane) in base alle quali finché manchi il brevetto non vi sarebbe spazio per diritti assoluti.

per oggetto un gruppo di lavoratori coordinati e dotati di particolare *know-how*⁶⁸: le specifiche conoscenze tecniche nonché il valore che si collega al fatto stesso del coordinamento dei lavoratori sono beni che, nella loro immaterialità, sono comunque ritenuti idonei a costituire oggetto di cessione.

Significativo è che la l. 6 maggio 2004, n. 129, nella quale è stabilita la disciplina dell'affiliazione commerciale, dia una definizione di *know-how* in linea con quella presente nel regolamento comunitario sopracitato, poi recepita ed elaborata dalla Corte Suprema: e così all'art. 1 si afferma che per *know-how* s'intende «un patrimonio di conoscenze pratiche non brevettate derivanti da esperienze o da prove eseguite dall'affiliante, patrimonio che è segreto, sostanziale ed individuato».

Inoltre, una volta 'entificato' il *know-how*, e quindi riconosciutane la cedibilità, è giocoforza concludere nel senso che esso possa costituire oggetto di rapporti complessi, come il *franchising* (l. 129 del 2004).

Seguendo – sia pure in sintesi – la traiettoria del progressivo riconoscimento del *know-how* nel nostro ordinamento, si è potuto notare lo sforzo, condotto dalla giurisprudenza, di adeguamento dell'oggetto della proprietà intellettuale alle strutture classiche del *ius in rem*, o viceversa – se si preferisce – di adeguamento delle strutture del *ius in rem* all'oggetto della proprietà intellettuale: comunque, il carattere immateriale dell'oggetto impone talune cautele nell'adozione pura e semplice del modello dominicale. In ogni caso, è opportuno evitare schematismi.

Emblematica del tipo di difficoltà incontrate in questo tipo di operazione appare una sentenza in tema di cessione del diritto d'autore, Trib. Bologna, 12 maggio 1998⁶⁹, nella quale si rileva che «con il pagamento del corrispettivo dovuto, non il lavoro viene retribuito, ma il godimento dell'opera da parte di un soggetto diverso dall'autore, integrando questi diritti un'ipotesi di frutti civili o fattispecie a queste assimilabili, a cui non può riconoscersi il privilegio generale sui mobili *ex art. 2751 bis, n. 2, c.c.*». I giudici dunque si avvalgono, onde identificare le linee giuridiche della fattispecie nella quale un soggetto gode dietro corrispettivo dell'opera dell'ingegno d'altri, dello schema tradizionale *res - fructus*. Non stupisce che un siffatto tentativo di adattamento di una veste giuridica antica, qual è quella del frutto, per un'ipotesi caratterizzata da immaterialità susciti più di qualche dubbio in dottrina: commenta in proposito Paolo Spada che «l'ottica dominicale

⁶⁸ In *Guida al dir.*, 2004, 11, 78 ss. La sentenza muove dalla considerazione del d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18, di attuazione della direttiva n. 98/50, nonché da una serie di pronunce della Corte di Giustizia europea (10 dicembre 1998, cause riunite C-127/1996, C-229/1996 e C-74/1997, Vidal; 10 dicembre 1998, cause riunite C-173/1996 e C-247/1996 Hidalgo) per concludere nel senso che «l'entità economica è da intendere come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria che deve conservare, con il trasferimento di parti di imprese o di stabilimenti, la propria identità».

⁶⁹ In *Dir. fall.*, 2004, II, 273 ss., con nota di N. CANNONE, *Fallimento dell'editore committente e crediti del traduttore di opera letteraria*.

genera una (perversa) *ratio decidendi*»⁷⁰. La forzata adozione di modelli concettuali pensati per beni materiali appare in effetti inidonea a catturare la complessità del caso. Così osserva l'Autore che «la conformazione in termini di proprietà dei regimi in parola è certamente frutto di un'assimilazione, legittimata da obiettivi di politica legislativa o di edificazione dogmatica; insomma, è una delle tante finzioni delle quali si avvale il sapere giuridico. E di questa, come di altre assimilazioni, è doveroso, in principio, fare un uso argomentativo vigilato, sempre consapevole cioè della relatività funzionale dell'assimilazione della quale si tratta»⁷¹.

9. Il fenomeno di smaterializzazione del denaro.

All'interno della generale tendenza sulla quale ci si sta soffermando verso la smaterializzazione del bene oggetto di *ius in rem* si coglie, più nello specifico, un processo di progressiva smaterializzazione assai rilevante, qual è quello del bene-denaro: e si tratta di una tendenza che la giurisprudenza italiana ha interpretato con risolutezza negli ultimi tempi.

In particolare, mi riferisco alla pronuncia a Sezioni Unite della Cassazione del 18 dicembre 2007, n. 26617, nota per aver affermato – in estrema sintesi – l'equiparazione dell'assegno circolare al denaro contante⁷². L'argomentazione fatta propria dalla Corte è incentrata sull'idea secondo cui il pagamento costituisce un comportamento idoneo a ottenere lo scopo rappresentato dall'estinzione del debito, andando al di là dell'aspetto materiale della consegna del denaro. Si assiste dunque al prevalere dell'aspetto del *facere* rispetto a quello del *dare*: l'attenzione si appunta sugli effetti del comportamento, muovendo dalla considerazione dei quali è possibile indurre cosa debba intendersi per pagamento. Al di là dell'aspetto piuttosto tautologico che finisce per emergere quando si dica che

⁷⁰ P. SPADA, *La proprietà intellettuale*, cit., 439.

⁷¹ P. SPADA, *La proprietà intellettuale*, cit., 439.

⁷² La si veda in *Corr. giur.*, 2008, 500 ss., con la nota di A. DI MAJO, *I pagamenti senza denaro contante nella 'cashless society'*; ma anche in *Nuova giur. civ.*, 2008, I, 751 ss., con nota di F. MORCAVALLO, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria mediante consegna di assegni circolari: inquadramento sistematico e valutazione teorico-applicativa di un orientamento evolutivo*; in *Notariato*, 2008, 505 ss., con commento di B. RONCHI, *L'estinzione dell'obbligazione pecuniaria attraverso la consegna di assegno circolare*; in *Obbl. e contr.*, 2008, 684 ss., con nota di S. GIOVANNELLI, *Adempimento dell'obbligazione pecuniaria mediante assegno circolare: l'intervento delle sezioni unite*; in *Riv. notar.*, 2009, 209 ss., con nota di N. TURCHINI, *Sull'oggetto dell'obbligazione pecuniaria e sul suo adempimento*; la si può vedere inoltre in *Foro it.*, 2008, I, 503 ss., nonché in *Contr.*, 2008, 490. Sulla pronuncia si veda poi l'ampio commento di A. VENTURELLI, *Esibizione di assegno ed 'esatto' adempimento dell'obbligazione pecuniaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 1407 ss., ove sono ampi riferimenti bibliografici. L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite (Cass. 28 giugno 2006, n. 14957) è pubblicata in *Foro it.*, 2006, I, 3062 ss.

in sostanza il pagamento è quel che si ritiene tale, ciò che preme mettere in evidenza qui è che per l'effetto solutorio non è richiesta di necessità una *datio rei*.

Una volta ridefiniti i presupposti per l'identificazione del concetto di pagamento, la pronuncia a Sezioni Unite del 2007 ha dischiuso la strada alla parificazione al denaro di altri strumenti di pagamento: dell'assegno di traenza, nel caso di Cass. 10 marzo, 2008, n. 6291, sentenza nella quale si afferma che «l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria va inteso non come atto materiale di consegna della moneta contante, bensì come prestazione diretta all'estinzione del debito, nella quale le parti devono collaborare osservando un comportamento da valutare per il creditore secondo la regola della correttezza e per il debitore secondo la regola della diligenza»⁷³. Qui sembra dunque che il richiamo alla correttezza e alla buona fede riempia di contenuto il vuoto lasciato dall'obliterazione dell'elemento materiale della consegna.

L'impianto delineato dalla pronuncia delle Sezioni Unite di fine 2007 viene quindi ripreso da Cass. 10 luglio 2008, n. 18877, sia pure, in quest'occasione, onde giungere alla conclusione secondo cui il bonifico bancario è inidoneo all'estinzione del debito⁷⁴; e il medesimo esito rappresentato dall'esclusione dell'equiparabilità tra bonifico bancario e denaro contante è confermato pure da Cass. 19 novembre 2008, n. 27520⁷⁵.

L'aspetto fondamentale che si intende evidenziare è quello da cogliersi nella virtualizzazione di quell'assai particolare *res* che è il denaro. Ma merita di essere messa in evidenza la più ampia ridefinizione, da parte della giurisprudenza, dei rapporti giuridici collegati al denaro.

In specie, si muove da una considerazione del denaro che prescinde dalla presenza di uno specifico supporto materiale: come si è visto, il denaro non è più una *res*, quanto piuttosto il medesimo potere d'acquisto che il denaro è in grado di esprimere.

Dalla diversa considerazione dell'oggetto-denaro si ricava la necessità di disegnare un nuovo profilo del diritto su di esso: l'antica forma del *ius in rem* sembra non rappresentare adeguatamente la modalità di appartenenza del denaro; piuttosto che pensare all'idea di un diritto di proprietà sulla cosa, occorre immaginare la titolarità di un potere d'acquisto rilevante in quanto tale.

Quindi, in esito a una generale revisione che muove dal superamento dell'idea del denaro in termini di *res*, per poi investire l'aspetto del diritto sul bene, in ultima analisi risulta ridisegnata anche la struttura dell'atto di disposizione del denaro: il pagamento non è integrato da una *traditio* della *res*, bensì consiste in una prestazione il cui contenuto deve essere volta per volta definito, ancorché comunque diretto a realizzare l'attribuzione di un potere d'acquisto.

⁷³ In *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1193 ss., con nota di F. VOMERO, *Il pagamento con assegno di traenza alla luce del principio di buona fede*.

⁷⁴ Massimata in *Obblig. e contr.*, 2008, 1036.

⁷⁵ In *Mass. Giur. it.*, 2008, 10, 1585.

Insomma appare smarrito – o almeno percepito come non più caratterizzante – il profilo del *dare* che nella concezione tradizionale costituiva invece la struttura portante dell'atto di pagamento (*solutio* intesa come *dare di certa pecunia*): e il fenomeno di virtualizzazione del denaro investe, a monte, anche le forme dell'atto di disposizione dello stesso. Tutte trasformazioni che trovano piena spiegazione nella cornice di quella che in dottrina è stata chiamata *Cashless society*⁷⁶.

10. PARTE SECONDA. *Il modello del possesso: l'indicazione del DCFR.*

In simmetria rispetto a quanto detto nella prima parte di questo mio discorso, dedicato al modello dominicale, è ora interessante vedere quale sia la nozione di possesso che emerge dal DCFR.

Nel libro VIII, all'art. 1:205, il possesso è definito come il controllo fisico diretto o indiretto sulla cosa. Quindi la medesima disposizione precisa che il controllo è diretto quando sia esercitato dal possessore personalmente oppure per il tramite del c.d. *possession-agent*, che esercita il controllo nell'interesse del possessore; indiretto invece quando sia esercitato da altra persona, il c.d. *limited-right-possessor*.

Poi, nell'art. 1:206 si definisce il proprietario-possessore, dicendo che è la persona che esercita il controllo fisico diretto o indiretto sulle cose, con l'intenzione di fare ciò, come se fosse il proprietario. Se ne deve pertanto dedurre che nella configurazione del DCFR il tradizionale elemento soggettivo dell'*animus* continua a integrare la nozione di possesso.

Sembra emergere una concezione del possesso che si basa su un elemento oggettivo, il potere di fatto sulla cosa, nonché su un elemento soggettivo, l'intenzione di tenere la cosa come propria: e la ricostruzione della situazione possessoria si rifà allora a quella della dottrina tradizionale, almeno nella versione savigniana (alla quale pure – com'è noto – si era autorevolmente opposto Jhering)⁷⁷.

⁷⁶ Cfr. A. DI MAJO, *I pagamenti senza denaro contante*, cit., 751 ss.

⁷⁷ Per l'una opinione si veda F.C. VON SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung*⁷, Wien, 1865, per l'altra R. VON JHERING, *Der Besitzwille. Zugleich eine kritik der Herrschenden juristischen Methode*, Jena, 1889. Per una svalutazione dell'elemento soggettivo, F. DE MARTINO, *Del possesso, della denuncia di nuova opera e di danno temuto. Art. 1140-1172*⁵, in *Commentario al codice civile Scialoja Branca*, Bologna - Roma, 1984, 525 ss. Il requisito dell'*animus* è sottoposto a critica soprattutto per i problemi che comporta dal punto di vista probatorio: problemi che ricorrono ogni qual volta si tratti di dar conto dell'esistenza di uno stato soggettivo. Secondo C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Milano, 1999, 728 ss., l'acquisto del possesso non sarebbe impedito dall'incapacità del soggetto, né dalla sua ignoranza di avere la cosa presso di sé: il che conduce a valutare la non essenzialità dell'*animus possidendi*. Una generale revisione dei requisiti del possesso, in senso rigorosamente oggettivo, è di recente proposta da S. PATTI, *Consegna del bene al momento del preliminare e acquisto della detenzione. Note a Cass., sez. un., 27.3.2008, n. 7930*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 284 ss.

Muovendo dal dato testuale dell'art. 1140 c.c. («il possesso è il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale»), la nostra giurisprudenza a proposito del possesso sempre evidenzia che esso costituisce un potere di fatto sulla cosa. Senza qui addentrarsi nell'insidioso dibattito sulla necessità o meno dell'elemento soggettivo⁷⁸, si può dire che rimane salda l'idea del possesso inteso come *res facti*, la quale non è nella sua essenza intaccata dalla revisione in senso espansivo della sua tutela che la più moderna dottrina ne propone, in specie ricostruendo il possesso in termini non ancora di diritto ma di 'situazione giuridica soggettiva'⁷⁹.

Com'è noto, la radice fondamentale del possesso deve infatti ricercarsi nell'esigenza di adeguare il profilo di diritto a quello di fatto (*ex facto oritur ius*): ove si riscontri una situazione rappresentabile in termini di potere di un soggetto sulla cosa, il diritto a ciò volge la sua attenzione con il tendenziale obiettivo di attribuire un'idonea veste giuridica a quella situazione fattuale. Inoltre, il dato fisico rappresentato dal *rem tenere* non potrebbe essere ignorato dall'ordinamento anche sotto il profilo della più efficace realizzazione di una pacifica e civile convivenza che, con la tutela del possesso, si ottiene rispetto al rischio rappresentato dalla ragion fattasi⁸⁰.

Si tratta di un'esigenza antica, quella che è alla base del possesso, la quale ben si esprime nel collegamento tra il potere di fatto e lo spazio fisico sul quale quello stesso potere si esercita. Archetipico è il caso del possesso di un fondo, ancora una volta di un potere dell'uomo sulla terra dunque, su quella *iustissima tellus* cui si è vista collegarsi concettualmente l'idea di *Ordnung*. Così, risale alle origini della tutela del possesso la necessità di cogliere l'aspetto della localizzazione (*Ortung*) del potere esercitato, secondo un'idea che emerge fin già dall'etimo di *possessio* e *possedere*, ove si ravvisa la giunzione tra le due radici *pot* (o *poss*) e *sedes*, ovvero tra le idee di potere e di luogo. Ed è interessante poi notare come il riferimento al 'luogo' ritorni anche nel sostantivo tedesco *Besitz* (e nel corrispondente verbo *besitzen*), ove è traccia della radice indicante il luogo, la *sedes*, appunto, che il potere prende a oggetto, a conferma del rapporto di necessità che collega i due poli concettuali nell'idea di possesso⁸¹.

⁷⁸ In argomento, S. PATTI, *Possesso*, ne *Il diritto. Enc. giur.*, XI, Milano, 2007, 267 s.

⁷⁹ Si veda L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, II, *Diritti reali*, Torino, 1988, 369 ss., ove in specie si ritiene «superabile la, in certo senso tradizionale, concezione del possesso quale mero fatto e, ormai, comune convinzione che si tratti, invece, di vera e propria situazione soggettiva», essendo il possesso «complemento del diritto (reale) sul bene».

⁸⁰ Su questo profilo, in particolare, R. SACCO - R. CATERINA, *Il possesso*², in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu Messineo*, continuato da L. Mengoni, VII, Milano, 2000, 17 ss.; in precedenza, R. SACCO, voce *Possesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 491 ss.

⁸¹ Nella concezione propria della tradizione germanica, *Gewere*, per la quale era decisiva la relazione materiale nella quale veniva a realizzarsi il potere effettivo sulla cosa: *tatsächliche Gewalt*. Cfr. R. SACCO - R. CATERINA, *Il possesso*, cit., 54 ss.; inoltre, M. WOLFF in L. ENNECERUS, TH. KIPP, M. WOLF, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, II, Marburg, 1913, 11 ss.

Già nella definizione labeoniana riportata da Paolo nel libro 54 *ad ed.*, in D. 41,2,1 pr. (*possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positivo, quia naturaliter tenetur a beo qui ei insistit, quam Graeci katoc»n*), emerge del tutto chiaro questo collegamento. E per ciò che si è appena detto a proposito del possesso non è meno vero quello che si è osservato in precedenza con riguardo al *dominium*, giacché se in entrambe le situazioni di appartenenza si manifesta una «signoria (politico-religiosa) su un territorio»⁸², tuttavia nel caso del *dominium* (ove è radice *dom*, forse oltre a quella *mancipium*) essa si qualifica come signoria spettante, mentre nel caso della *possessio* (*pot* ovvero *poss*, unito a *sedes*, come si è visto) si tratta di una signoria imperante. Sicché «la spettanza, dunque, non è data dalla religiosità di un rapporto di fatto, ma dalla conformità del rapporto dinamico-religioso ai *mores*, alle convenzioni, al diritto che vigono tra le parti in questione»⁸³. La suggestione che deriva da una lettura piuttosto mitizzante della situazione possessoria – che raggiunge il suo apice nella ricostruzione in termini magico-religiosi in Haegerström⁸⁴ – ha suggerito quindi un parallelismo tra l'idea della *possessio* e quella del *bellum*, l'una e l'altra accomunate dal fatto di essere espressione di *poss*, però rispettivamente sul piano privato e su quello pubblico.

11. *Il possesso nella recente giurisprudenza italiana.*

Il radicamento del possesso nell'idea primigenia del potere di fatto sulla cosa resiste piuttosto tenacemente – come si è accennato – anche nelle più recenti prese di posizione della nostra giurisprudenza.

In particolare, l'incardinamento del possesso nella situazione fattuale appare confermato da una sentenza che ha attratto l'attenzione di un vasto numero di commentatori. Mi riferisco alla decisione delle Sezioni Unite della Cassazione del 27 marzo 2008, n. 7930: in ipotesi di preliminare di vendita con effetti anticipati, ossia con immissione nel godimento del bene⁸⁵, i giudici hanno affermato che quel godimento della cosa corrisponde a

⁸² A. CARACATERRA, 'Possessio'. *Ricerche di storia e di dommatica*, Roma, 1938 (rist. Roma, 1967), 10 ss.

⁸³ A. CARACATERRA, 'Possessio', cit., 28.

⁸⁴ A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff im lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, Uppsala - Leipzig, 1927, in specie 83 ss.

⁸⁵ La figura del preliminare a effetti anticipati è troppo nota perché sia necessario qui richiamarne i profili: tra molte, si veda la fondamentale Cass., sez. un., 27 febbraio 1985, n. 1720, in *Giust. civ.*, 1985, II, 1630 ss., con chiara definizione dell'architettura che caratterizza il preliminare e il definitivo nel caso di immediata immissione nel godimento; si veda poi la recente Cass. 15 luglio 2006, n. 16937, in *Resp. civ.*, 2007, 788 ss., con nota di F. TOSCHI VESPASIANI, *Il contratto preliminare, l'obbligo di dare e i limiti di cumulabilità tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*. In generale, si veda poi G. SICCHIERO, *Il contratto preliminare*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, III, *Effetti*, Milano, 2006, 403 ss.

una situazione di detenzione (qualificata), non già di possesso⁸⁶. Ciò ha consentito alla Corte di escludere che, una volta trascorso il termine ordinario per l'usucapione, il bene possa ritenersi acquistato in proprietà dal promissario acquirente che ne ha goduto per tutto quel tempo senza che si fosse mai giunti alla conclusione del definitivo. Nel ragionamento sviluppato dai giudici si prevede inoltre che il contratto preliminare a effetti anticipati risulti dal collegamento di un contratto di comodato e di uno di mutuo. Così, il primo dei due renderebbe ragione della situazione di detenzione – e non già di possesso – della cosa nella quale viene immesso il promissario acquirente⁸⁷: ciò da cui si fa discendere l'iusucapibilità della cosa stessa; il secondo contratto invece spiegherebbe la ragione per la quale viene corrisposta la somma di denaro, integrante anticipato pagamento del prezzo (o di parte di esso). Sicché si ritiene che attraverso il contratto preliminare detto anche 'complesso', ossia con immissione diretta nella disponibilità della *res*, si realizzi non già l'ipotesi del contratto atipico, bensì – una volta esplorato nella motivazione della sentenza il panorama dei contratti misti o complessi e di quelli collegati – lo schema del collegamento contrattuale, nel quale sono avvinte più determinazioni di interessi. Non è però sull'ingegnosa costruzione or ora sintetizzata (riconducibile in sostanza a un arguto contributo di Gazzoni⁸⁸), la quale ci condurrebbe semmai ad affrontare la problematica del collegamento negoziale⁸⁹, che intendo qui soffermare l'attenzione. Ciò che più conta è

⁸⁶ Si tratta di una decisione pubblicata in *Guida al dir.*, 2008, 19, 23 ss., con nota di P. PIRRUCCIO, *Pos-sibile rivendicare la proprietà solo se muta il titolo del possesso*; in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, I, 1044, con nota di G. SCALITI, *Il preliminare di vendita ad esecuzione anticipata: nuovi profili e vecchie questioni*, nonché *ibidem*, II, 284 ss., con commento di S. PATTI, *Consegna del bene*, cit.; quindi in *Corr. giur.*, 2008, 1090 ss., con nota di R.P. PUCE, *Immissione del promissorio acquirente nella disponibilità del bene: pos-sesso o detenzione?*; in *Notariato*, 2008, 391 ss., con commento di G. GIULIANO; in *Contratti*, 2008, 1002 ss., con commento di D. CAVICCHI. Sulle posizioni espresse dalla dottrina in argomento, si veda G. SCALITI, *Il preliminare di vendita*, cit., 1051 s.

⁸⁷ Che con il comodato si dia luogo a detenzione e non a possesso è indiscusso: Cass. 30 marzo 1995, n. 3811, in *Rep. Foro it.*, 1995, *Possesso*, 42.

⁸⁸ Per F.M. GAZZONI, *Deve essere autorizzato il preliminare di vendita di un bene del minore? Il pro-missario acquirente cui sia stata consegnata la cosa è detentore o possessore?*, in *Riv. notar.*, 2001, 723 ss., il quale interveniva a commento della coppia di sentenze della Suprema Corte del 2000, la n. 8796 e la n. 14358, «in assenza del titolo traslativo, costituito dal contratto definitivo, le attribuzioni poste in essere dai promettenti sono provvisorie e quindi giustificabili in termini obbligatori, nel senso che essi si impegna-no per un verso a non ripere la somma e per altri verso a non pretendere la restituzione della cosa, in en-trambi i casi fino a quando e se il definitivo sarà concluso. [...] In sostanza è come se i promettenti pones-sero in essere, da un lato, un mutuo gratuito e, dall'altro, un comodato, al fine di permettere, alla contropar-te, di disporre di una somma e di lucrare gli interessi o di godere gratuitamente della cosa» (così in specie a p. 731).

⁸⁹ Per un inquadramento, R. SCOGNAMIGLIO, voce *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 375 ss.; F.M. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*¹³, Napoli, 2007, 820 ss.; da ultimo, in argomento, V. BARBA, *La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale*, in *Studi in onore di G. Benedetti*, I, Na-poli, 2008, 25 ss.

invece l'argomento fondamentale, da cui discendono anche le conclusioni: e il *primum movens* è rappresentato proprio dalla constatazione che il possesso non è situazione di diritto, bensì di fatto, e per questa ragione esso è inidoneo a costituire oggetto di atti di disposizione⁹⁰.

In questa prospettiva si comprende il senso dell'affermazione secondo cui il possesso «non può essere trasferito per contratto separatamente dal diritto del quale esso costituisce l'esercizio, considerato che un'attività non è mai trasmissibile, ma può essere solo intrapresa, e l'intrasmissibilità è maggiormente evidente in ordine al possesso, in quanto l'attività che lo contraddistingue deve essere accompagnata dall'*animus possidendi*». Al di là del riferimento – invero inessenziale per la logica del discorso – all'*animus possidendi*, che rischia nuovamente di condurci all'inesausto problema della configurazione del possesso in termini di elemento oggettivo combinato con un elemento soggettivo oppure di situazione meramente oggettiva (sintetizzabile nell'alternativa tra Savigny e Jhering, cui si è poc'anzi fatto cenno), il dato chiaro che si coglie dalle parole della Corte è che il possesso costituisce una situazione puramente fattuale, da verificarsi con attenzione al caso di specie: pertanto di tale situazione non è possibile disporre per via negoziale.

In altri termini, il possesso è un'attività, la quale non può essere trasferita, ma solo realizzata; quindi nessuna forma negoziale è idonea a far passare il possesso (se non unitamente al diritto del quale esso costituisca esplicazione); in altri termini, il possesso si acquista sempre originariamente e mai a titolo derivativo.

Si tratta di un'impostazione che ha senza dubbio il pregio della limpidezza.

Potrebbe dirsi addirittura un'impostazione confortante – almeno dal punto di vista della stabilità del sistema –, confermativa dell'idea, antica e rigorosa, secondo cui il possesso non è *ius*. Se il possesso non è *ius* (sicché non v'è *actio*: e in effetti la tutela del possesso nel diritto romano classico era rimessa agli interdetti pretori), allora una manifestazione di volontà non potrebbe bastare a modificarne la titolarità. Il piano di diritto non interseca quello di fatto, con la conseguenza che qualsivoglia strumento convenzionale si rivelerebbe inidoneo al trasferimento del possesso. La situazione di fatto deve essere accertata in quanto tale.

Vale la pena di osservare che la distinzione dei due piani, quello fattuale e quello di diritto, risulta accentuata per effetto della lettura del preliminare a effetti anticipati in termini di collegamento contrattuale (anziché di contratto atipico ai sensi dell'art. 1322 c.c., come si è visto), giacché ciò consente di affermare che quell'accordo sia rappresentato da

⁹⁰ Secondo S. PATTI, *Consegna del bene*, cit., 284 ss., è il contratto a determinare la detenzione, con la conseguenza che: a) la detenzione è una situazione di diritto e non di fatto; b) l'elemento soggettivo è irrilevante in ordine alla configurabilità del possesso. Così, se v'è un titolo, ricorre la situazione di diritto, ossia la detenzione; se invece non v'è il titolo, ricorre la situazione di fatto, il possesso. Invece l'*animus* rileva solo ai fini dell'interversione, ossia del passaggio da detenzione a possesso: in tal caso si determina una situazione *contra ius*, nel senso che essa non è più conforme al titolo, in ragione del mutato *animus* del soggetto.

un «ordinario preliminare, cui accede una pattuizione che regola la fase intermedia, con attribuzioni provvisorie»⁹¹, con la conseguenza che l'intero sistema delle tutele invocabili dal promissario acquirente già dopo il preliminare riceve spiegazione in termini rigidamente obbligatori. Si tratta infatti di tutele derivanti non già «da una anticipata applicazione della disciplina della compravendita, ma da una rigorosa applicazione dell'art. 1218 c.c., essendo a carico del promettente alienante l'obbligo di trasferire la proprietà esente da vizi, difformità, oneri. Ecco perché è anche possibile agire con l'azione di condanna all'eliminazione dei vizi stessi»⁹².

Fuoriesce dal raggio dei problemi affrontati dai giudici (i quali però avrebbero ben potuto cogliere l'occasione per estendere *motu proprio* i confini del loro intervento chiarificatore), ma costituirebbe la logica quadratura del loro ragionamento, poi, l'affermazione secondo cui in tanto il possesso è situazione di fatto, in quanto invece la detenzione è situazione che trova fondamento in un titolo di diritto (nella specie il contratto in forza del quale il promissario acquirente è immesso nel godimento)⁹³, con superamento dunque dell'impostazione piuttosto tralatizia, ma non troppo meditata, in base alla quale possesso e detenzione sarebbero entrambe situazioni di fatto distinguibili soltanto in ragione dell'*animus*⁹⁴, salvo poi dover ammettere che la presenza dell'elemento psicologico rimane praticamente indimostrabile se non facendo leva sul fatto che il soggetto abbia iniziato a godere del bene sulla base di un certo contratto, dal quale sarebbe possibile desumere in via presuntiva l'esistenza di un corrispondente tipo di atteggiamento.

Si osservi che i giudici della Cassazione, nell'affermare che in caso di preliminare di vendita a effetti anticipati l'immissione nel godimento del bene non corrisponde all'immissione nel possesso bensì nella detenzione, superano – sul punto per vero non diffon-

⁹¹ Così F.M. GAZZONI, *Deve essere autorizzato il preliminare*, cit., 732.

⁹² Traggio ancora da F.M. GAZZONI, *Deve essere autorizzato il preliminare*, cit., 732, alla luce di Cass., sez. un., 27 febbraio 1985, n. 1720.

⁹³ In tal senso, S. PATTI, *Possesso*, cit., 267 s., secondo cui «potere di fatto in quanto corrispondente a quello di un diritto reale è quello del possessore il quale può esercitare questo potere anche attraverso un soggetto diverso, il detentore, il quale tuttavia – a mio avviso – non esercita un potere di fatto, poiché il potere è basato su un titolo. Si tratta di una situazione giuridica derivata da un contratto (locazione, comodato, appalto ecc.), oppure collegata all'adempimento di un obbligo. In ogni caso si tratta di una fattispecie disciplinata dalla legge, di una situazione (non di fatto), di diritto». Siffatta costruzione dovrebbe poi integrarsi con la precisazione secondo cui la prova della detenzione andrebbe completata con quella di un titolo: valido ed efficace, secondo Cass. 17 giugno 1996, n. 5555, in *Rep. Foro it.*, 1996, *Possesso*, 81, oppure senza necessità dei requisiti di validità ed efficacia, stando a Cass. 9 ottobre 1991, n. 10606, in *Rep. Foro it.*, 1991, *Possesso*, 60. Ma coerentemente, se situazione è da ritenersi di diritto, credo sia necessario attendersi che il titolo sia valido ed efficace (mentre il titolo potrebbe essere invalido nel caso del possesso).

⁹⁴ Cfr. A. MONTEL, voce *Detenzione (diritto civile)*, in *Nov. dig. it.*, V, Torino, 1960, 555: «la realtà è che possesso e detenzione hanno lo stesso contenuto, la differenza consistendo in ciò che il possessore esplica l'attività *per sé*, in nome proprio, laddove il detentore la esplica in nome altrui, cioè *in nome del possessore*, il quale possiede a mezzo suo» (corsivi dell'Autore).

dendosi nell'illustrare per quale via – la regola fissata nell'art. 1141, comma 1, c.c., secondo cui «si presume il possesso in colui che esercita il potere di fatto, quando non si prova che ha cominciato a esercitarlo semplicemente come detenzione»⁹⁵. Se ne ricava che nel caso in esame la detenzione dovrebbe essere provata invocando il fatto che l'immissione nel godimento è cominciata in forza del contratto preliminare.

Inoltre, bisogna rilevare che i profili del preliminare a effetti anticipati sono tali per cui la fattispecie non sarebbe in alcun modo riconducibile alla previsione del comma 2 dell'art. 1141 c.c.: in effetti, nel caso oggetto della pronuncia della Cassazione il promissario acquirente era stato immesso nel godimento di un bene di cui prima non disponeva. Quindi resta escluso che possa riscontrarsi un'ipotesi di *traditio brevi manu*, ossia di modificazione del titolo in base al quale si tiene la cosa da detenzione a possesso: perché possa ritenersi realizzata *traditio brevi manu*, dovrebbe essere provata l'interversione, per causa proveniente dal terzo o per opposizione⁹⁶. Ma nella specie c'è stata immissione del soggetto nel godimento, non modificazione del titolo di un godimento già in essere. Ciò fermo restando che, nell'impostazione tradizionale, «essendo il possesso uno stato di fatto, l'acquisto è in ogni caso originario e trova luogo mediante atto unilaterale anche se avvenga con consenso del precedente possessore (tradizione) o se la cosa fosse già in precedenza detenuta dall'acquirente»⁹⁷. All'evidenza, nel caso neppure potrebbe vedersi un costituito possessorio, ossia il passaggio inverso in base al quale il possessore divenga detentore a mezzo di una dichiarazione di volontà con cui affermi di riservare per sé la detenzione del bene di cui era in precedenza in possesso (anche se la figura stessa del costituito possessorio si presterebbe a essere invocata, in altro modo, onde avvalorare l'idea che una manifestazione di volontà possa incidere sulla titolarità della situazione di appartenenza).

Rispetto all'impostazione di fondo secondo cui la situazione possessoria costituisce *res facti* da accertarsi volta per volta, si potrebbe rilevare in via di prima approssimazione che il nostro ordinamento però conosce, per effetto dell'art. 1146 c.c., il fenomeno della successione nel possesso, di cui al comma 1 di tale disposizione, e quello dell'accessione del possesso, di cui al comma 2, quali figure di modificazione legale del titolo in base al quale un soggetto tiene la cosa; e si tratta di figure legali che sono in grado di andare oltre la considerazione meramente fattuale della situazione, come ve ne sono poi altre sparse nel codice⁹⁸. Nel primo caso, il successore a titolo universale continua il possesso del

⁹⁵ Cfr. Cass. 28 febbraio 2006, n. 4404.

⁹⁶ Sui profili dell'interversione, di recente, Cass. 28 novembre 2008, n. 28420, in *Notariato*, 2009, 136 ss., nonché Cass. 4 aprile 2006, n. 7817, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 4, 942.

⁹⁷ A. MONTEL, voce *Possesso*, in *Nov. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 367.

⁹⁸ Così si può ritenere che l'art. 1146 c.c., nell'articolazione dei suoi due commi, integri una fattispecie di possesso 'fittizio', almeno se per tale si intenda un possesso che è di fatto 'creato' dalla legge. Sotto questo profilo assimilabili sono le ipotesi – per il resto molto differenti l'una dall'altra – di cui all'art. 460, comma 1, c.c., sul possesso nel quale è immesso il chiamato all'eredità senza necessità di una sua materiale

dante causa, mentre nel secondo caso, allorché si verifichi un fenomeno di trasferimento a titolo particolare, è prevista l'*accessio possessionis*, ossia la continuazione del possesso del dante causa in quello dell'avente causa.

In queste ipotesi è dunque la legge a stabilire che il successore, nell'un caso a titolo universale e nell'altro a titolo particolare, ha il possesso del bene, nonché da quale momento egli l'abbia, a prescindere dalla considerazione dello stato delle cose.

Con riferimento all'*accessio possessionis*, la quale sembrerebbe più efficacemente prestarsi ad avvalorare l'idea che sia configurabile una forma negoziale di trasmissione del possesso, bisogna però dire: in primo luogo, con l'art. 1146, comma 2, c.c. non è regolato il trasferimento del possesso, quanto piuttosto è aperta al successore a titolo particolare la facoltà di unire a proprio vantaggio il tempo del proprio possesso a quello del dante causa, sicché la disposizione a ben vedere riguarda la giunzione dei tempi del possesso, non la trasferibilità (e comunque *ope legis*, non per via negoziale) di quest'ultimo⁹⁹; in secondo luogo, se nel meccanismo della norma un passaggio nel possesso si realizza, comunque esso dipende strettamente da quello del diritto sul bene che forma oggetto anche di possesso: sicché non è disciplinato nell'art. 1146, comma 1, c.c. il modificarsi della situazione di fatto, bensì si prevede che alla situazione di diritto (proprietà o altro diritto reale limitato) sia agganciata la situazione di fatto¹⁰⁰.

Resta fatto salvo, anche sotto questo profilo, il principio del 'doppio binario' tra situazione di diritto e situazione di fatto. L'impostazione generale che appare avvalorata è quella secondo cui il possesso si acquista nel momento in cui il soggetto inizia in fatto l'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale; al di là della materiale apprensione del bene, il passaggio del possesso potrebbe immaginarsi solo in corrispondenza con quello del titolo che costituisca o trasferisca il diritto reale.

12. Una conferma del divieto della c.d. vendita del possesso.

Come si è visto, la pronuncia della Suprema Corte del 2008, muovendo dall'analisi dei problemi posti dal preliminare di vendita, si trova a prendere posizione almeno *incidentaliter* la questione della natura del possesso. Inoltre, nella misura in cui i giudici statuiscono l'indisponibilità di quest'ultimo per via convenzionale, incidono su una tematica

apprensione; all'art. 1167, comma 2, c.c., ove si prevede che sia come non avvenuta l'interruzione del possesso qualora sia stata proposta l'azione per recuperare quest'ultimo e questo sia stato effettivamente recuperato; all'art. 1168, comma 1, c.c., che prevede una sorta di continuazione del possesso per un anno dopo lo spoglio violento o clandestino onde chiedere la reintegrazione del possesso stesso; all'art. 1140, comma 2, c.c., sul possesso mediato che si realizza per mezzo di chi abbia la detenzione della cosa.

⁹⁹ Si veda, sul punto, S. PATTI, *Consegna del bene*, cit., 287; similmente, secondo F.M. GAZZONI, *Deve essere autorizzato il preliminare*, cit., 73, nella norma sull'*accessio possessionis* «non c'è trasferimento, ma, se del caso, unione temporale di un possesso che inizia ad altro che è cessato».

¹⁰⁰ Cfr. Cass. 11 dicembre 1981, n. 6552.

tanto annosa quanto delicata, qual è quella della c.d. vendita del possesso: la domanda che in proposito si pone riguarda la validità dell'accordo avente per oggetto la vendita del puro e semplice possesso di un bene¹⁰¹; e si tratta di una domanda cui la prassi notarile, impegnata a dar conto del 'passaggio' del possesso dal cedente al cessionario, dà risposte talora imprevedibili (come potrebbe confermare una panoramica sulle formule utilizzate in atti).

Nella fattispecie oggetto dell'esame delle Sezioni Unite, la cessione del possesso era contenuta in una clausola aggiunta al contratto preliminare di vendita, anche se l'immissione nel possesso per effetto dell'accordo contrattuale potrebbe trovare un appoggio logico in più, rispetto al caso della pura e semplice vendita del possesso, nell'ipotesi del preliminare in ragione degli effetti 'anticipatori' (del definitivo) che esso realizza¹⁰².

¹⁰¹ In argomento, L. PADULA, *La 'vendita del possesso'*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 831 ss.; G. GRASSO, *La vendita del possesso, una vendita impossibile?* in *Dir. e giur.*, 1998, 291 ss.; ID., *La 'trasferibilità' del possesso nei contratti obbligatori*, in *Contr. e impr.*, 2002, 703 ss.; F. ALCARO, *Note in tema di trasferimento del possesso*, in *Vita notar.*, 1999, 487 ss. Alla questione dedica ampio spazio B. TROISI, di recente ne *I possessi*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato* diretto da P. Perlingeri, III, 9, Napoli, 2005, 203 ss., con riferimenti di dottrina e giurisprudenza (inoltre, ID., *Circolazione del possesso e autonomia privata*, Napoli, 2003). I sostenitori della vendita del possesso che fanno richiamo al diritto romano (così, per esempio, lo stesso Troisi, nei luoghi appena citati, con richiamo a M. LAURIA, *'Possessiones'*. *Età repubblicana*, I, Napoli, 1953, 63 ss., sul punto però non realmente d'ausilio, nonché a B. DUSI, *La successione nel possesso negli atti tra vivi*, in *Scritti giuridici*, II, Torino, 1956, 312), per accreditare la loro opinione, cadono però in equivoco nella ricostruzione della struttura dell'*emptio venditio*: il fatto che dal contratto romano non derivasse il passaggio del *dominium*, bensì per il venditore l'obbligo di consegna della cosa nonché di garantire al compratore il pacifico godimento della stessa (per tutti, V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita nel diritto romano*, Napoli, 1956, 128 ss.) non significa affatto che l'*emptio venditio* si risolvesse in un'*emptio possessionis*. La configurazione della responsabilità per evizione in capo al venditore prova già di per sé che il possesso non costituisce l'oggetto del contratto, il quale è comunque funzionalizzato al passaggio della titolarità del bene, a prescindere poi da una ricostruzione del rapporto tra momento obbligante e momento traslativo che, nell'opinione di taluni studiosi, si fa molto più stretto (in tal senso, con marcate differenze rispetto alla tradizionale impostazione di Arangio-Ruiz, si veda G. PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, a cura di L. Vacca, Torino, 1997, 39 ss.). In argomento, mi permetto di rinviare anche a T. DALLA MASSARA, *Garanzia per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita romana*, ne *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2007, 279 ss.

¹⁰² Il che era stato in precedenza consentito dalla giurisprudenza: si veda, per esempio, Cass. 22 luglio 2003, n. 11415, in *Notariato*, 2005, 169 ss., ove si ammette «un patto accessorio di immediato effetto traslativo del possesso sostanzialmente anticipatore degli effetti traslativi del diritto che, con la convenzione, le parti stesse si sono ripromesse di realizzare». In precedenza, anche Cass. 13 luglio 1993, n. 7690, in *Rass. dir. civ.*, 1994, 626 ss. Si tratta dell'orientamento che oggi appare cassato dalla decisione della Cassazione a Sezioni Unite del 2008, la quale ha invece fatto propria l'opposta opinione, rappresentata – tra le altre – da Cass. 14 novembre 2006, n. 24290, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 11, 2640 s., nonché da Cass. 28 giu-

Orbene, già in passato la giurisprudenza aveva assunto una posizione negativa sulla vendita del possesso, la quale trova ora conferma nella sentenza della Cassazione.

In specie, con Cass. 27 settembre 1996, n. 8528, era stato giudicato nullo l'accordo di cessione del possesso per impossibilità dell'oggetto, facendosi discendere tale conclusione dal fatto che il possesso costituisce un'attività, necessariamente accompagnata dall'*animus possidendi*, la quale non è negozialmente trasferibile, salva l'eccezione legale – si dice – dell'art. 1146, comma 1, c.c.¹⁰³. Tralasciando – come già prima si è fatto – di portare l'attenzione sull'aspetto dell'*animus possidendi*, emerge che il nocciolo del ragionamento dei giudici è rappresentato dalla constatazione della fattualità della situazione possessoria, da cui è tratto l'argomento decisivo per la sua intrasferibilità.

Il riferimento che in tale sentenza compare all'art. 1146, comma 1, c.c., poi, trova spiegazione alla luce di quanto sopra osservato: con la successione nel possesso il nostro codice realizzerebbe il superamento *ope legis* della situazione strettamente fattuale nella quale consiste il possesso, e ciò ancorché si sia osservato che con l'art. 1146 c.c. la modificazione della situazione fattuale dipende sempre da quella della situazione di diritto (proprietà o altro diritto reale limitato); e senza ripetere inoltre che la regola sull'*accessio possessionis* (contenuta al comma 2 di quella stessa disposizione) si limiterebbe a consentire che siano sommati i tempi del possesso, non già la trasferibilità di quest'ultimo, comunque inconcepibile.

La medesima conclusione, nel senso della nullità del contratto di vendita del possesso, veniva confermata nello stesso anno da Cass. 12 novembre 1996, n. 9884¹⁰⁴, però in tal caso facendo leva specificamente sulla considerazione dell'oggetto del contratto di vendita: si tratta nella sostanza dell'identico ragionamento basato sull'indisponibilità del possesso inteso come *res facti*, salvo essere collocato entro la cornice più ristretta dell'art. 1470 c.c. e degli effetti che la vendita è in grado di produrre. Così, si dice in sostanza che, se il contratto di vendita è quello che ha per oggetto il trasferimento della proprietà o di altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo, ancora una volta osta alla configurabilità della vendita del possesso la constatazione che il possesso non costituisce un diritto.

Una più recente sentenza, Cass. 22 aprile 2005, n. 8502, ha ulteriormente confermato che il mero potere di fatto sulla cosa non può costituire oggetto di un trasferimento realizzato per via negoziale¹⁰⁵.

gno 2000, n. 8796, in *Riv. notar.*, 2001, 718 ss. Per maggiori indicazioni sui precedenti giurisprudenziali, G. SCALITI, *Il preliminare di vendita*, cit., 1050 s.

¹⁰³ In *Contratti*, 1997, 468 ss., con nota di A. ABBATE, *Sulla validità del preliminare di vendita del possesso*; anche in *Corr. giur.*, 1997, 162 ss., con nota di P. IAMICELI; inoltre in *Foro it.*, 1997, I, 2604 ss.

¹⁰⁴ Cfr. in *Corr. giur.*, 1997, 315 ss., con nota di S. PALMIERI.

¹⁰⁵ Cass. 22 aprile 2005, n. 8502, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 4, 897, muovendo dall'argomentazione – per vero non del tutto perspicua – secondo cui «stante la tipicità dei negozi traslativi reali, l'oggetto del trasferimento non può essere costituito dal trasferimento del mero potere di fatto sulla cosa»: invero, la tipicità imposta dall'ordinamento è quella dei diritti reali, non già dei negozi traslativi dei diritti reali.

Si può dire che in generale gli argomenti utilizzati dalla giurisprudenza onde giungere alla conclusione della nullità della vendita del possesso sono tre. Il primo, assorbente rispetto ai successivi, trae sviluppo dalla nozione stessa di possesso ricavabile dall'art. 1140 c.c.: il possesso, come si è visto, non è una situazione di diritto e pertanto non può costituire oggetto di atti di disposizione; il secondo argomento sostanzialmente replica tale idea, però riferendola più specificamente al contratto di compravendita: quest'ultima è traslativa della proprietà o di altri diritti, dunque non di situazioni di fatto; in base al terzo argomento, non è configurabile il trasferimento del possesso salvo che nei casi previsti dalla legge, come nell'ipotesi dell'art. 1146 c.c. in tema di successione e accessione del possesso: si può dire che si tratti di un argomento che emerge in controluce, nel senso che dalla lettura delle previsioni legali si induce che per regola generale non v'è spazio per la configurabilità di un trasferimento del possesso su base negoziale.

Nonostante ciò, non manca la voce di chi vede con favore la trasferibilità del possesso per effetto dell'accordo tra le parti¹⁰⁶.

Il punto focale dal quale muove chi intende asseverare quest'idea è rappresentato dalla considerazione – secondo una prospettiva che si propone come dinamica, in luogo di quella tradizionale, la quale peccherebbe di essere troppo statica – del possesso come 'comportamento' o 'attività'¹⁰⁷. Si afferma così che occorrerebbe abbandonare la contrapposizione tra fatto e diritto (in base alla quale, come si è detto, il possesso è qualificato come situazione puramente fattuale), per ritenere invece che i vantaggi e le prerogative scaturenti dalla fattispecie possessoria conferiscono al possesso un valore economico diverso e indipendente da quello della cosa stessa, degno nondimeno di essere preso in considerazione come *res iuris*. E a riprova di ciò si afferma che il possesso è suscettibile di costituire oggetto di tutela extracontrattuale, di essere iscritto a bilancio, di essere ascrivito all'attivo del patrimonio ereditario. Tutto questo per concludere nel senso che la vendita del possesso è consentita, giacché si tratta di un bene che presenta un proprio valore economico, patrimoniale e commerciabile¹⁰⁸.

Viene pertanto proposta una nozione di possesso che sfugge alle categorie tradizionali '*factum - ius*'.

¹⁰⁶ Si veda in specie la ricostruzione proposta con forza da B. TROISI, *I possessi*, cit., 203 ss.

¹⁰⁷ Si tratterebbe pertanto di «iniziativa comportamentistica», per rifarsi alla definizione di A. FALZEA, voce *Comportamento*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 790, nt. 68.

¹⁰⁸ Cfr. B. TROISI, *I possessi*, cit., in specie 211 ss. Non giunge ai medesimi esiti, in termini di piena apertura verso la configurabilità della vendita del possesso, ma giudica positivamente la ridiscussione della nozione di possesso, ritenendo inadeguata quella che si basa sulla contrapposizione tra diritto e fatto F. ALCARO, *Note in tema di trasferimento del possesso*, in *Vita notar.*, 1999, 487 ss., anche in ID., *Il possesso. Artt. 1140-1143, ne Il codice civile. Commentario P. Schlesinger* diretto da F. Busnelli, Milano, 2003, 35 ss., 141 ss. e nt. 416.

Inoltre, si osserva che il contratto di vendita del possesso sarebbe da ritenersi contratto reale, in quanto per il suo perfezionamento occorrerebbe il passaggio della cosa¹⁰⁹.

L'argomentazione che si è riferita è difficilmente accoglibile perché, per la verità, prova troppo: si intende infatti sostenere non già che un bene, ancorché immateriale, rappresenti un possibile oggetto di atti di disposizione, bensì che addirittura un comportamento, qual è quello tenuto da chi possiede, sia assimilabile a un bene. Per intendersi, si va ben oltre gli sforzi profusi da dottrina e giurisprudenza per affermare la tutelabilità e la cedibilità del *know-how*: la constatazione per cui un certo comportamento, come il possesso, presenta un valore economico aprirebbe la strada alla rappresentabilità in termini di bene patrimoniale e commerciabile di una varietà pressoché infinita e incontrollabile di situazioni. Inoltre, per restare al caso del potere di fatto sulla cosa, si dovrebbe arrivare al punto di immaginare la vendita del possesso *ad usucapionem*, con riguardo al tempo maturato fino al momento della vendita stessa: cosicché Tizio potrebbe vendere a Caio il possesso di un bene poco prima dello scadere del tempo dell'usucapione, consentendo a questi di 'avvicinarsi' all'acquisto della proprietà, secondo un meccanismo simile a quello dell'accessione del possesso, però – per le ipotesi che si sono assunte, ovviamente – sganciata da ogni parallelismo con l'atto di cessione a titolo particolare del diritto dominicale (o di altro diritto reale)¹¹⁰. In effetti, se si voglia intendere il possesso alla stregua di un qualsivoglia bene che presenta un autonomo valore economico, non si vede perché ciò dovrebbe essere impedito: ma con effetti meno dirompenti per il sistema, si potrebbe immaginare di giungere al medesimo risultato ipotizzando, anziché una cessione del bene-possesto, una semplice rinuncia del presunto cedente alle tutele spettanti nei confronti di colui che incominci a possedere.

Per le difficoltà di vario ordine cui conduce, mi pare in definitiva di gran lunga preferibile l'impostazione tradizionale, e di recente confermata, che mantiene il possesso aderente alla considerazione della situazione in fatto.

13. *La smaterializzazione del bene oggetto del possesso.*

Ciò che si è detto in precedenza con riferimento alla smaterializzazione del bene oggetto della proprietà potrebbe essere ripetuto ora, trattando del possesso.

¹⁰⁹ Ancora B. TROISI, *I possessi*, cit., in specie 227 ss.

¹¹⁰ Si veda Cass. 22 aprile 2005, n. 8502, cit., nella quale si rileva, nell'ottica dell'art. 1146, comma 2, c.c., che «affinché operi il trapasso del possesso dall'uno all'altro dei successivi possessori e il successore a titolo particolare possa unire al proprio il possesso del dante causa è necessario che il trasferimento trovi la propria giustificazione in un titolo astrattamente idoneo a trasferire la proprietà o altro diritto reale sul bene», con richiamo alle precedenti Cass. 12 settembre 2000, n. 12043, Cass. 3 luglio 1998, n. 6489; Cass. 12 novembre 1996, n. 9884. In perfetta corrispondenza il pensiero di R. SACCO - R. CATERINA, *Il possesso*, cit., 215 ss.

La linea di tendenza, verso una sempre più ampia protezione dei beni immateriali, è la medesima: e così si assiste all'adattamento delle strutture possessorie per la tutela delle opere dell'ingegno, delle invenzioni industriali, dei segni distintivi dell'azienda, come pure dei *software*, delle banche dati e del *know-how*.

Per guardare, a titolo d'esempio, a talune fattispecie disciplinate dalla legge, si può citare l'art. 167 della l. 22 aprile 1941, n. 633, sul diritto d'autore, che prevede la tutela del possesso legittimo dei diritti di utilizzazione economica su un bene immateriale: quindi dalla situazione in fatto si ricava «la legittimazione a far valere le prerogative economiche che si compendiano nel diritto d'autore e nei diritti connessi»¹¹¹; e, in proposito, si pone il problema se tale possesso si configuri a prescindere o meno da quello del *corpus mechanicum* nel quale l'opera si sostanzia: la giurisprudenza qualifica legittimo il possesso nella misura in cui esso sia conforme alla situazione di astensione da parte di terzi rispetto alla relazione di possesso¹¹². Tenuto conto dell'immaterialità del bene, la nozione di possesso deve quindi essere intesa in un senso quantomai improprio: si esclude, per esempio, la possibilità di un potere di fatto rivale e concorrente rispetto al quale sia imposta l'astensione, sicché la tutela di cui al menzionato art. 167 risulta accordata in presenza di una situazione di apparenza, che attribuisce al possessore una qualifica socialmente univoca in tal senso.

La difficoltà di inquadramento dogmatico di situazioni di questo tipo è posta ancora una volta dalla necessità di adattare la nozione di possesso alla specificità del bene. Sebbene secondo una linea di pensiero sia da ammettersi la suscettibilità di possesso di un bene incorporale quando un soggetto di fatto si trovi, rispetto alla possibilità di sfruttamento economico di quel bene, nello stesso rapporto in cui verserebbe se fosse titolare dei relativi diritti¹¹³, v'è invece chi ritiene che l'incorporeità del bene costituisca nel caso del possesso un ostacolo insuperabile: e così si fa rilevare che il bene immateriale è suscettibile di essere goduto contemporaneamente da una quantità indefinita di persone¹¹⁴;

¹¹¹ Così P. SPADA, *La proprietà intellettuale*, cit., 440.

¹¹² In tal senso Trib. Monza, 7 luglio 2000, in *Giurispr. comm.*, 2001, 752 ss., con nota di B. DA RIN, *Sul legittimo possesso dei diritti di utilizzazione patrimoniale di opere dell'ingegno*: «i diritti di utilizzazione patrimoniale di opere dell'ingegno, in mancanza di adeguata prova dell'avvenuto trasferimento, possono essere fatti valere giudizialmente solo da chi si ritrovi nel 'legittimo possesso' degli stessi».

¹¹³ Si tratta dell'impostazione di A. MONTEL, voce *Possesso*, cit., 349: «una cosa è certa: che il possesso di un bene immateriale non può, per la stessa peculiarità del suo oggetto, atteggiarsi in ogni suo particolare alla identica guisa del possesso di un bene materiale; ma ciò non toglie che esso sia ipotizzabile ogniqualvolta di fatto alcuno si trovi, rispetto al diritto di utilizzazione, in quella posizione in cui *in iure* è titolare».

¹¹⁴ F. FERRARA JR., *La teoria giuridica dell'azienda. Natura giuridica dell'azienda, la protezione dell'azienda, la circolazione dell'azienda*², Milano, 1982, 127: «per i beni immateriali il possesso non solo è insuscettibile di applicazione per la mancanza di corporalità dell'oggetto, ma non può neppure avere significato, perché mentre per i beni corporali esso è il mezzo esclusivo per l'esercizio del diritto, qui il bene invece può essere teoricamente goduto da una quantità indefinita di persone contemporaneamente».

ancor più radicalmente, il potere di fatto su beni di tal genere non può mai dirsi esclusivo, nel senso di incompatibile con l'eguale potere d'altri¹¹⁵.

La via d'uscita proposta in dottrina, per la riconduzione a sistema dei problemi posti dal possesso di un bene immateriale sembra quella segnata dalla considerazione del potere di fatto in termini di pura attività, senza pertanto che risulti decisivo il tradursi di quell'attività in un rapporto di ingerenza fisica (non configurabile) sull'oggetto della situazione possessoria¹¹⁶.

In questa prospettiva, può concludersi che «l'idea possessoria esprime essenzialmente una nota di effettività ed attualità di potere non incompatibile con qualsiasi oggetto che sia annoverabile tra i beni giuridici. Se essi rinviino a 'qualsiasi entità materiale o ideale giuridicamente rilevante' e tutelata dalla legge, non può non ammettersi che i diritti sui beni immateriali, così come quelli aventi ad oggetto cose materiali, sono pur sempre, con elementi distintivi, forme giuridiche di poteri sui beni, in contrapposizione ai diritti di credito»¹¹⁷.

I tempi mettono a dura prova le nostre tradizionali categorie¹¹⁸.

14. Sintesi e conclusioni nella prospettiva del diritto europeo.

Dalla panoramica sin qui condotta sui due modelli di appartenenza, quello dominicale e quello possessorio, mi pare emergano – pur in un quadro di incertezza – talune linee di tendenza generale, degne di essere ora evidenziate. Proverò quindi a riassumerle in modo alquanto schematico.

Quanto alla proprietà: *a*) come si è detto guardando in specie al DCFR, spicca la persistenza dell'antica radice della proprietà quale diritto ampio ed esclusivo, come *dominium*, da intendersi anzitutto come espressione di libertà; i limiti di quest'ultima meritano poi di essere esplorati con attenzione casistica; *b*) al contempo, si assiste a un fenomeno di erosione del contenuto del modello dominicale tale per cui, ferma restando l'identificazione della categoria generale dell'appartenenza *pleno iure*, la quale certamente adotta quale suo modello di massima intensità la proprietà tradizionalmente intesa come potere di godere e di disporre in modo pieno ed esclusivo, vanno profilandosi forme di appartenenza di differente conformazione: si sono visti d'anzi i casi nei quali l'oggetto del diritto sia rappresentato dal corpo umano o da un bene di particolare valore culturale per il luogo in cui si trova. Pare emergere un sistema piuttosto articolato di situazioni di appartenenza variamente gradate, di difficile categorizzazione; *c*) si nota infine una certa capacità di

¹¹⁵ Si veda R. SACCO - R. CATERINA, *Il possesso*, cit., 76 ss.

¹¹⁶ F. ALCARO, *Il possesso*, cit., 35 ss., 154 ss.

¹¹⁷ Così F. ALCARO, *Il possesso*, cit., 159 s.

¹¹⁸ Cfr. N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, in specie 629, ove si rileva che il carattere dell'esclusività è uno di quelli più duramente messi alla prova nell'era della globalizzazione.

adattamento del modello dominicale al fenomeno di smaterializzazione del bene oggetto del diritto.

Con riguardo al possesso: a) al di là dell'antico problema posto dalla necessità o meno dell'*animus possidendi*, rimane l'idea fondamentale incentrata sull'esistenza di un potere di fatto sulla cosa: emblematico è, anche in tal caso, quanto emerge dal DCFR; b) la 'fattualità' della situazione possessoria comporta per conseguenza la non cedibilità del possesso per via convenzionale: la nostra recente giurisprudenza è ben ferma su tale impostazione, richiedendo che il possesso debba sempre essere verificato nel caso di specie come *res facti*; c) l'esigenza di affidarsi al *rem tenere*, dunque alla relazione di fatto del possessore con la cosa, sembra mostrare una discreta resistenza a fronte del processo di smaterializzazione che investe i beni oggetto di possesso.

A valle di ciò, sembrano ricavabili alcune conclusioni di carattere più generale.

Le strutture concettuali della proprietà e del possesso risultano nel complesso incise non troppo profondamente dagli interventi normativi di derivazione comunitaria; quest'ultimi, finora, hanno privilegiato altri ambiti, anzitutto quello dei contratti e delle obbligazioni. Come si è visto, rilevante è l'impatto dogmatico su proprietà e possesso nell'insieme collegabile agli accordi TRIPS: però le linee fondamentali possono dirsi ancora quelle che emergono dalla cultura giuridica che ha la sua base nel diritto romano, sistema di pensiero sottostante quasi come una 'grammatica' del comune linguaggio europeo. Prima o dopo, l'armonizzazione del diritto privato europeo non potrà prescindere – con tutta evidenza – da quella della disciplina delle situazioni di appartenenza. E se fin qui si è manifestata una certa prudenza nel disegnare nuovi profili di ciò che una storia più che bi-millennaria ci ha consegnato, tanto che anche il DCFR (di cui ancora non si conosce la futura valenza, ma che oggi appare più di un testo accademico) si è in linea generale collocato nel solco della tradizione, non è detto che in futuro la tendenza sarà la medesima. L'impressione che si ricava è che i modelli antichi della proprietà e del possesso mostrino una notevole capacità di persistenza: proprietà e possesso sono strutture concettuali bene adattabili alle mutevoli esigenze. La fase storica però è delicata e lo scenario è quantomai aperto.

Risulta chiaro che il diritto del domani sarà anzitutto quello che il nostro pensiero giuridico è in grado di esprimere: e con ciò intendo riferirmi al fatto che spetta al giurista, in quanto tale, il compito di costruire il nuovo diritto europeo. Il che comporta una generale chiamata di responsabilità: occorre impedire che il luogo di elaborazione del diritto privato europeo sia sentito come un altrove.

Se è ragionevolmente da escludersi che i funzionari e i politici di Bruxelles nella formulazione delle loro direttive si lascino ispirare da Giuliano o da Papiniano, da Labeone o Quinto Mucio Scevola¹¹⁹, tuttavia si deve credere che, «mediato da una dottrina sensibi-

¹¹⁹ Cfr. R. ZIMMERMANN, *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 717.

le alla cultura dei classici e all'articolata rielaborazione cui ha dato luogo nel tempo e capace di colloquiare con il legislatore comunitario, il pensiero di Giuliano o Papiniano, di Labeone o Quinto Mucio Scevola, per le benefiche virtù della sua conoscenza [...], finisca per aiutare i funzionari e i politici di Bruxelles»¹²⁰. C'è assoluto bisogno di uno sforzo eccezionale di elaborazione di strumenti logici, di supplementi di riflessione, talora anche di parole nuove che siano in grado di compiere un adeguamento sorvegliato e consapevole dei modelli che abbiamo ereditato. Si intravede una mappa precisa per il giurista europeo: «secoli or sono proprio i giuristi, avvalendosi della riflessione romana, hanno saputo dotare l'Europa di un diritto comune, senza ignorare le discipline localmente preminenti; e successivamente hanno saputo lavorare insieme ad altri per dotare gli stati nei quali operavano di codificazioni in cui confluiva non poco di quanto i loro predecessori avevano costruito, dedicandosi poi a fondo allo studio di queste, senza quasi mai perdere il reciproco contatto, pur in un avvilente contesto di municipalizzazione della teorica giuridica. Ancor oggi credo si possa chiedere ai giuristi un impegno per l'Europa e, contemporaneamente, per lo Stato di appartenenza, di nuovo legato all'Europa anche sotto il profilo della formazione del diritto: per ravvisare quell'incessante dialettica tra questi tre poli che segna la nostra storia»¹²¹.

Mi sia consentito allora di chiudere con un auspicio. Ci si senta tutti soggetti e artefici del diritto, partecipi della missione che da sempre è messa sulle spalle del giurista: quella di 'fare' il diritto.

Torna alla memoria il celebre passo ulpiano collocato in apertura del Digesto (D. 1.1.1), nel quale i giuristi sono proclamati sacerdoti del diritto (*merito quis nos sacerdotes appellet*), a tale *ars* (quella *boni et aequi* della celeberrima definizione di Celso) consacrati: magistratura, avvocatura, assieme naturalmente alla dottrina, siano allora parti dialoganti di un'unica giurisprudenza, nel senso dell'antica *scientia iuris*, però con la consapevolezza di essere calati nella nuova dimensione europea. Il diritto non merita un futuro di declino verso «un empirismo quotidiano fatto di regole e provvedimenti, dimentico di ogni teoria»¹²²; e solo una cultura giuridica che abbia profondità di sguardo e sensibilità per guardare alle proprie radici potrà assolvere al difficile compito di dare un contributo reale allo sviluppo del diritto del nostro futuro, il diritto europeo.

¹²⁰ Così L. GAROFALO, in *Scienza giuridica, Europa, Stati: una dialettica incessante*, in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica europea*, 2005, 141. L'Autore riprende e approfondisce queste riflessioni nei saggi raccolti in Id., *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova, 2008, ove in specie si veda *Una nuova dogmatica per il diritto privato europeo*, 45 ss.

¹²¹ L. GAROFALO, in *Scienza giuridica*, cit., 141.

¹²² L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Riflessioni su 'i fondamenti del diritto privato europeo': una occasione da non sprecare*, in *Iura*, 51, 2000, 22.